جـــامعـــة الجـــزائـــر

معهـــد العلـــوم الادار يـــة و السياسية

نظريـــة فســـخ العقـــد
في
القانـــون المدنـــي الجـــزائـــري

بحـــث

للحصول على درجـــة الماجستـــير

في العقـــود و المسئوليـــة

إعـــداد

الطالب: بلمبور عبد الكريم

تحت إشـــراف

الدكتور علي علي سليـــمان

لجنـــة الحكـــم

الاستاذ الدكتور :______________ رئيسا

الاستاذ الدكتور :______________ مقررا

الاستاذ الدكتور :______________ عضوا

أفريـــل 1983

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

ان الذى يتأمل بعمق في الالتزامات التي تربط الفرد في معاملاته مع غيره ، في الوقت الحاضر ، يجد أن أغلبها مصدره العقد ، فالعقد من أهم المصادر في النظرية العامة للالتزام ، في القانون المدني ، كالقانون الجزائرى وغيره من القوانين المدنية الأخرى .

فاذا نشأ العقد وفقا للأركان والشروط التي يتطلبها القانون ترتبت عليه آثار قانونية يضفي عليها القانون قوة الالزام التي تشبه الى حد بعيد قوة القانون ، بحيث يصبح المتعاقدان خاضعين ، لقوة العقد وما يرتبه من التزامات تعاقدية مادامت الرابطة التعاقدية قائمة .

ومما لاشك فيه ، أن العقود بصفة عامة ، قد شرعت في مجال المعاملات من أجل اشباع حاجات الأفراد ، وتحقيق رغباتهم ، باعتبار أن العقد في مفهومه العام ، هو الوسيلة الفعالة التي يستطيع الفرد أن يحقق بها بعض مصالحه الاقتصادية والاجتماعية ، مادامت مصلحته لا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة .

واذا كان القانون قد عني عناية كبرى بمرحلة تكوين العقد ، فان عنايته بتنفيذه ، لا تقل أهمية من حيث تكوينه ، ذلك أن المتعاقد الذى يرضى بأن يكون ملتزما في مواجهة غيره ، لا يقوم بذلك من أجل أن يلتزم فقط ، بل يهدف من وراء دخوله في العلاقة التعاقدية الحصول على مقابل ما يلتزم به ، والا كان العقد اعتباطا ، وليس ذلك من شأن القانون والفكر القانوني بصفة عامة .

ولما كان العقد الذى نشأ صحيحا يرتب التزامات تعاقدية ، فان ذلك قد يكون على جانب دون آخر ، وهذا هو ما يسمى بالعقد الملزم لجانب واحد كعقد الوديعة

بدون أجر ، وقد يرتب العقد التزامات على الجانبين معا ، وهذا هو ما يسمى بالعقد الملزم للجانبين الذى سوف يكون مجالا لهذا البحث .

فاذا نشأ هذا النوع الأخير من العقود صحيحا ، ولكن أحد المتعاقدين أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية ، أو استحال عليه تنفيذها نتيجة تدخل السبب الأجنبي ، فان المتعاقد الآخر يكون في وضع يدعو الى القلق وعدم الارتياح من الناحيتين القانونية والعملية معا ، اذ يجد نفسه ملتزما نحو الطرف الآخر من الناحية القانونية لأنه طرف في العقد ، والعقد لا يزال قائما ، ويجد نفسه أيضا من الناحية العملية لا يستطيع الحصول على الأداء الذى التزم من أجله ، إما لأنه قد صار مستحيلا ، أو لأن المدين لا يريد القيام بتنفيذ التزاماته التعاقدية .

وأمام هذا الموقف الذى تتسم به العقود الملزمة للجانبين دون غيرها ، نجد القانون المدني الجزائري كغيره من القوانين المدنية الحديثة ، قد خصّ هذه الفئة بقواعد خاصة جعل فيها للمتعاقد الدائن حق التحلل من التزاماته التعاقدية في مواجهة المدين المقصر في تنفيذ التزاماته ، وذلك في المواد 119 ، 120 ، 121 ، 122 ، هذه النصوص التي تضمنت في مجموعها قواعد عامة تشكل في النهاية نظرية عامة لفسخ العقد .

ولما كان هذا الموضوع لم يطرق من قبل ، فقد اخترناه موضوعا لهذا البحث ، خاصة ، وأن الأساس القانوني الذى يقوم عليه الفسخ لا يزال محل خلاف بين الفقه حتى وقتنا الحاضر ، وأن للفسخ اتصالا ببعض الأنظمة القانونية الأخرى ، وأن لكل من القاضي ، والمتعاقد الدائن سلطة في ايقاع الفسخ من عدمه ، وأن للمدين في بعض الحالات الحق في تفادى الفسخ ، وأن للفسخ آثارا خطيرة على الالتزامات التي يكون العقد قد رتّبها .

فهذه الاعتبارات هي التي جعلتنا نختار نظرية فسخ العقد موضوعا لهذا البحث ، لأن لها أهمية بالغة من الناحية القانونية والعملية .

وقد رأينا أنه لكي تكون الدراسة في هذا الموضوع شاملة ومتكاملة لنظرية الفسخ ، لابد من تقسيم هذا البحث الى بابين :

نخصص الباب الأول منه الى أصول الفسخ وتطوره التاريخي في فصل أول، وذلك في كل من القانون الروماني ، والقانون الكنسي ، والقانون الفرنسي ، وأخيرا الشريعة الاسلامية ، ونخصص لكل نقطة أو مرحلة من هذه المراحل التي مرّ بها الفسخ مبحثا .

أما الفصل الثاني من هذا الباب فسوف ندرس فيه الأساس القانوني لنظرية الفسخ ، ويتضمن الشرط الفاسخ الصريح كأساس للفسخ في مبحث أول ثم الشرط الفاسخ الضمني ، في مبحث ثان ، ثم السبب في مبحث ثالث ، ثم فكرة العدالة في مبحث رابع ، وأخيرا فكرة ارتباط الالتزامات في مبحث خامس .

أما الفصل الثالث ، فسوف نخصصه لدراسة نظرية الفسخ وما يتصل به من أنظمة قانونية أخرى نستعرض فيه الفسخ والبطلان ، الفسخ والتقايل والانهاء بارادة منفردة ، الفسخ والمسئولية العقدية ، الفسخ وعدم النفاذ ، وأخيرا الفسخ والدفع بعدم التنفيذ ، وسوف نبحث كل نقطة من هذه النقاط في مبحث خاص .

أما الباب الثاني فسوف نخصصه لدراسة أنواع الفسخ وآثاره ، وذلك في فصلين : أولهما ندرس فيه أنواع الفسخ ، الفسخ القضائي ، ثم الفسخ الاتفاقي ، ثم الانفساخ ، وأخيرا حكم الفسخ الذى يقع طبقا للمادة 392 ، وسوف تكون دراسة كل نوع من هذه الأنواع في مبحث مستقل .

أما الفصل الثاني من هذا الباب فسوف ندرس فيه الآثار التي يرتبها الفسخ ، أولا بالنسبة الى المتعاقدين ، وهذا في مبحث أول ، وثانية بالنسبة الى الغير ، وهذا في مبحث ثان ، وأختم هذا البحث بخاتمة سوف أخصصها الى النتائج وبعض الاقتراحات.

ولا يفوتني أن أتوجه بالشكر والتقدير الى الأستاذ المشرف على هذا البحث ، الدكتور علي علي سليمان الذى عاش معي هذا البحث طيلة ثلاث سنوات ، والذى كان بالنسبة لي موجها ومرشدا ، بل المرجع الذى يجد فيه الباحث الحلول التي يبحث عنها عندما لا يجدها في المراجع المكتوبة .

والله ولي التوفيق .

الجزائر في 19 مارس 1988

* * *

الباب الأول

أصول الفسخ وأساسه القانوني ،

وما يتصل به من أنظمة قانونية أخرى

الفصل الأول

أصول الفسخ وتطوره التاريخي

نظم المشرع نظرية فسخ العقد في المواد 119 ، 120 ، 121 ، 122 من القانون المدني الجزائري ، تحت عنوان : انحلال العقد ، وتعتبر هذه المواد ، مواد أساسية لتنظيم النظرية العامة لفسخ العقد الملزم للجانبين ، أما بقية المواد الأخرى التي جاءت في القانون المدني الجزائري ، والتي تقضي بدورها بفسخ العقد في بعض الحالات ، فهي مواد لا يمكن الاعتماد عليها لقيام نظرية الفسخ ، بل تعتبر مجرد تطبيق من تطبيقات المبدأ العام ، ولا تخرج عن مضمون احدى المواد الأساسية السالف ذكرها ، ماعدا حكم المادة 392 حيث خرج فيها المشرع الجزائري عن القواعد العامة ، كما سوف نرى في حينه .(1)

والفسخ الذي يبدو لنا في الوقت الحاضر وفقا لهذه النصوص وغيرها أمرا طبيعيا ونظاما مسلما به في معظم القوانين الحديثة ، لم يكن على هذا النحو من الوضوح في الأنظمة القانونية القديمة ، ولم يصل الى ما هو عليه ، الا بعد تطور مرّ بعدة مراحل شاركت في تكوين نظريته مصادر مختلفة ، تباينت فيها الطرق والوسائل .

ولذلك ، ينبغي علينا قبل دراسة نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري باعتباره من القوانين الحديثة ، أن نخصص دراسة تاريخية لمعرفة أصول الفسخ وتطوره التاريخي ، ولا يتحقق ذلك الاّ بدراسة كل من القانون الروماني ، والقانون الكنسي ، والقانون الفرنسي ، والشريعة الاسلامية ، وذلك على النحو التالي :

---

(1) أنظر ، لاحقا ، دراسة خاصة بحكم المادة 392 ، في المبحث الرابع من دراسة أنواع الفسخ .

المبحث الأول

الفسخ في القانون الروماني

المطلب الأول

التعريف بالقانون الروماني ومدى أهمية الالتزامات فيه

ذهب البعض الى أن القانون الروماني ، هو عبارة عن مجموعة قواعد قانونية أمر بتقنينها الامبراطور جيستنيان في القرن السادس الميلادي[1] ، ويرى البعض الآخر بأنه مجموعة القواعد القانونية التي ظهرت وطبقت في المجتمع الروماني منذ نشأت مدينة روما ، حتى صدور مجموعة جستنيان [2].

ومهما يكن الأمر ، فان للقانون الروماني مكانة سامية بين الشرائع القانونية القديمة ، مكّنت له الخلود ، اذ يتميز بدقة الصناعة القانونية ، وبيان الوسائل التي يعتمد عليها لتكملة النقص بالنسبة الى كل مشتغل في ميدان القانون .

ومما يبين مدى أهميته أن بعض تقسيماته في المجال القانوني ، لا زالت سارية المفعول حتى الآن في القوانين الحديثة [3]. ولذلك فلا يستطيع أي باحث في القانون أن ينكر أن كثيرا من أحكام التشريعات الحديثة ، وخاصة التقنينات المدنية ، تتصل بأصول القانون الروماني عن طريق القوانين الغربية بصفة عامة والقانون الفرنسي بصفة خاصة ، اذ أثرت أحكام الالتزامات الرومانية في التشريعات الغربية ، ثم انتقل هذا التأثير الى قوانين البلاد العربية ومنها القانون المدني الجزائري .

ولقد قسّم القانون الروماني مصادر الالتزام منذ عهد بعيد الى : العقد ، وشبه العقد ، الجريمة ، وشبه الجريمة ، وجرى على ذلك القانون الفرنسي ، ولكنه أضاف مصدرا خامسا ، وهو القانون ، أما القوانين العربية ، فقد خالفته في ذلك[4].

---

(1) أنظر: الدكتور شفيق الجراح ، الحقوق الرومانية ، ص 12 ، المطبعة الجديدة ، دمشق سنة 1977 ـ 1978 .

(2) أنظر: الدكتور صوفي حسن أبو طالب ، الوجيز في القانون الروماني ، ص 3 سنة 1965 ، الدكتور رضا فرج ، تاريخ النظم القانونية ، ص 22 ديوان المطبوعات الجامعية .

(3) يقول اهرنج : أن الرومان خلقوا ليحملوا رسالة القانون للعالم ، عن صوفي حسن أبو طالب ، المرجع السابق ، ص 3 .

(4) قسمت القوانين العربية مصادر الالتزام الى : العقد ، الارادة المنفردة ، العمل غير المشروع ، الاثراء بلا سبب ، القانون .

ومهما يكن فان الذى يهمنا من بين هذه المصادر ، في مجال بحثنا عن نظرية الفسخ ، هو العقد باعتباره مصدرا من مصادر الالتزام ، لأن المصادر الأخرى لايمكن أن تلحق بها نظرية الفسخ ، وهذا يتطلب منا قبل كل شيء معرفة تصنيف العقود في القانون الروماني فيما يلي :

المطلب الثاني

تصنيف العقود في القانون الروماني

قسمت العقود في ظل القانون الروماني الى عدة أقسام ، تختلف عن بعضها البعض من حيث التكوين والالتزامات المتولدة عنها ، والدعاوى التي تحمي كلا منها ، ويمكن حصر هذه العقود في أربعة أقسام أساسية على النحو الآتي : (1)

أولا — العقود القولية أو الشفوية : CONTRATS VERBIS

ان أول نوع للعقود عرفه القانون الروماني ، هو ذلك العقد الذى يتولد عن الكلام ، وينشأ عنه ، فقد خصصت ألفاظ وصيغ كلامية لهذا الغرض ، ولقد كان ذلك في القديم يسمى : سبونسيو " SPONSIO " أى الوعد ، ثم أطلق عليه اصطلاح ستبولاسيو " STIPULATIO " أى التعاهد الجازم .

وبناء على ذلك فان الالتزام في هذا الصنف من العقود انما يجد مصدره وأصله في الكلام والألفاظ التي يتلفظ بها الطرفان ، وذلك ضمن شكليات معينة لايجوز الخروج عنها ، والا ضاع الحق المراد الحصول عليه ، بينما التقيد بها يعطي الحق في الادعاء بالعقد ويلزم الطرف الآخر بأدائه .

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور، عبد السلام الترمانيني ، محاضرات في القانون الروماني ، ص 196 ومابعدها ، سنة 1964 — 1965 . والدكتور محمود سلام زناتي ، نظم القانون الروماني ، ص 117 ومابعدها ، سنة 1966 . والدكتور صوفي حسن أبو طالب ، دراسات اسلامية ، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني ، ص 153 ومابعدها . والدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، ج1 ص 418 سنة 1952 . والدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج1 ص 30 ، 64 سنة 1960 . والدكتور ممدوح مصطفى ، أصول تاريخ القانون ، ص 113 سنة 1968 . والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في مصادر الالتزام ، نظرية العقد ص 8 مطبعة نهضة مصر . وعبد العزيز فهمي باشا ، تعريب مدونة جستنيان ص 204 سنة 1947 .

ولذلك ، فاننا لا نجد في هذا النوع من العقود أي أثر للارادة ، لا في ابرامها ولا في الالتزامات الناتجة عنها ، بل العبرة هي بالصيغ الكلامية التي يدلي بهما الطرفان عند ابرام العقد . (1)

ثانيا — العقود الشيئيـة أو العينيـة :

الى جانب العقود القولية أو الشفوية التي مرّ بنا ذكرها ، عرف القانون الروماني نوعا آخر ، تقوم العقود فيه على تقديم شيء ، ولذلك يطلق عليها البعض اصطلاح عقود التسليم ، اذ يجب فيها تسليم الشيء تسليما ماديا .

وعليه ، فان الأساس الذي ترتكز عليه هذه العقود ، هو العنصر المادي المتمثل في التسليم ، وبالتالي فليس للارادة أي دور في انشاء الالتزامات التعاقدية فيهما ، انما العبرة بتقديم الشيء تقديما ماديا فقط .

ثالثا — العقـود الكتابيـة : CONTRATS LITTERIS

مقتضى العقود الكتابية أن الالتزام ينشأ من الكتابة في حد ذاتها ، اذ كان لكل عائلة رومانية سجل خاص مقسم الى قسمين ، أحدهما تسجل فيه واردات رب العائلـة والآخر مخصص لمدفوعاته .

وقد كان لهذا النظام قوة الزامية ، اذ يجب الوفاء بالالتزامات التي ينشئها هذا التدوين ، وقد كانت هذه الطريقة قاصرة على الأسر الرومانية ، دون الأجانب الذين طبقوا نظاما آخر ، مؤداه ، وجوب كتابة الالتزام في وثيقة معينة يقرها المدين بعد ذلك .

وهكذا يتجلى لنا أن الكتابة في القانون الروماني ، لم تكن للاثبات ، بل كانت تنشيء التزامات على عاتق المتعاملين بها ، هذه الالتزامات القانونية تحميها دعوى تسمى ، دعوى المطالبة بمبلغ معلوم .

غير أن هذا النوع من العقود أيضا لا تظهر فيه ارادة الطرف الملزم بتنفيذ ما عليه من الالتزامات بل الذي يؤخذ في الاعتبار هي الكتابة في السجلات ، وهذا يـدل

(1) أنظر : الدكتور شفيق الجراح ، دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها ، ص 348 دمشق سنة 1978 . والدكتور معروف الدواليبي ، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها ج 2 ص 368 ومابعدها ، سنة 1961 .

دلالة قاطعة على أن الرومان كانوا يعتمدون على الشكل بالدرجة الأولى عند انعقاد العقد .(1)

رابعا ـ العقود الرضائية : CONTRATS CONSENSUS

بالاضافة الى ما تقدم بيانه ، فقد عرف القانون الروماني العقود الرضائية التي تنشأ فيها الالتزامات ، لا من تقديم شيء أو وعد شفوي ، أو كتابة في سجلات خاصة ، بل تنشأ عن رضاء طرفي العقد (2) ، وذلك بعد التطور الذي عرفه المجتمع الروماني اجتماعيا ، وسياسيا ، واقتصاديا ، وقانونيا ، اذ أصبح مجرد الرضاء كافيا لنشوء الالتزام دون حاجة الى كتابة ، ولا الى حضور المتعاقد ، كما هي الحال في العقود القولية ، ولا الى تسليم الشيء ، كما في العقود الشيئية .

وقد تضمن هذا النوع من العقود الرضائية ، التي تعتبر حديثة بالنسبة الى القانون الروماني القديم ، العقود الأربعة الكبرى ، وهي : عقد البيع ، والايجار ، والشركة ، والوكالة ، ومن ثم أصبحت هذه العقود تنعقد بمجرد رضاء الطرفين ، وتصح حتى بين المتعاقدين عن طريق المراسلة ، أو على يد رسول وسيط .

وهكذا أصبح مجرد الاتفاق ينشيء الالتزام متى كان يهدف الى غرض مشروع ، في مجال العقود الرضائية ، ومنحت دعاوى حسن النية لتنفيذها (action de bonne foi).

غير أنه تجدر ملاحظة أن الاتفاق ، الذي أصبح ينشيء الالتزامات بمجرد رضاء الطرفين ، لم يقض على الشكليات التي عرفها القانون الروماني القديم ، ذلك أن وجود العقود الرضائية لم يكن الا استثناء من القاعدة العامة ، التي تقضي بأن الاتفاق المجرد من الشكليات والمراسيم غير قادر بنفسه على توليد التزامات مضمونة بدعاوى أمام القضاء .

فرغم تقدم القانون الروماني خطوة في ابرام العقود اذ أصبح للارادة شأن في ذلك ، الا أن الرومانيين لم يدركوا بعد ذلك مدى ارتباط الالتزامات المتولدة عن

(1) أنظر: الدكتور شفيق الجراح ، تطور الحقوق الرومانية ، المرجع السابق ، ص 343 .
والدكتور معروف الدواليبي ، الوجيز في الحقوق الرومانية ، المرجع السابق ص 330 .
والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص 9 .

(2) أنظر: الدكتور معروف الدواليبي ، المرجع السابق ، ص 383 ومابعدها . والدكتور شفيق الجراح ، المرجع السابق ، ص 344 ومابعدها .

الارادة ، الا في بعض الحالات الاستثنائية ، كما هي الحال بالنسبة الى عقد الايجار ، اذ أجازوا فيه الفسخ ، وكذلك الحال بالنسبة الى العقود غير المسماة ، أما بقية العقود الأخرى ، ومنها عقد البيع ، وهو أكثر العقود شيوعا آن ذاك ، فلم يكن الرومانيون يعرفون ترابط التزاماته عند التنفيذ .

ولهذه العلة يجد الباحث في القانون الروماني نفسه أمام نظامين متعارضين ، أحدهما يرفض كقاعدة عامة التحلل من التزامات عقد البيع ، والآخر يجيز ذلك في عقود الايجار والعقود غير المسماة . (1)

ويعود هذا التناقض بين النظامين الى الأساس القانوني الذى تقوم عليه نظرية الفسخ ، والذى يكمن في الترابط بين الالتزامات المتقابلة المتولدة عن العقود الملزمة للجانبين ، وهو ما لم يعرفه الرومانيون الا مؤخرا ، وفي حدود ضيقة ، ثم انهم قصروا هذا الترابط بين الالتزامات على حالة نشوئها ، ولم يعرفوا الترابط بين الالتزامات أثناء قيامها (تنفيذها) ، مما أدى الى عدم وجود نظرية عامة لفسخ العقد الملزم للجانبين .

ولما كان عقد البيع ، كما قلنا ، أكثر العقود شيوعا في المجتمع الروماني ، يمثل النظام الذى يرفض الفسخ كقاعدة عامة ، وعقد الايجار والعقود غير المسماة يمثلان النظام الآخر الذى يجيزه ، فاننا سوف نقتصر على دراسة هذه العقود لنعرف مدى تطبيق هذه النظرية أو عدم تطبيقها في كل منها وذلك على النحو الآتي :

المطلب الثالث

٤٠٦٥٢٤

عقد البيع ونظرية الفسخ في القانون الروماني

التعريف بعقد البيع :

كان عقد البيع في أصله التاريخي يقوم على مبادلة سلعة بسلعة ، ثم أصبح سلعة بثمن (2) ، يتم وفقا للمعاطاة الشكلية التي يدفع فيها الثمن ويسلم المبيع في وقت

(1) أنظر : محمود سلام زناتي ، نظم القانون الروماني ، ص 100 ومابعدها ، سنة 1966 . والدكتور ابراهيم أبو النجا ، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير بمعهد الحقوق ، السنة الدراسية 1979 ــ 1980 (غير مطبوعة) .

(2) أنظر : محمود سلام زناتي ، نظم القانون الروماني ، المرجع السابق ، ص 190 . والدكتور ابراهيم أبو النجا ، محاضرات في نظرية الفسخ ، المرجع السابق .

انعقاد العقد ، ولم يستحسن الرومانيون بفكرة الالتزام المتولد عن العقد المتمثل في تسليم المبيع ودفع الثمن ، وهما التزامان متقابلان في عقد البيع .

الا أنه بعد أن تخلص القانون الروماني من الشكلية المعقدة التي عرفتها بعض العقود ، ومنها عقد البيع ، الذى أصبح عقدا رضائيا ، برزت الى الوجود التزامات بنقل الملكية ، والتزامات بدفع الثمن ، وبذلك أصبح القيام بهما من الطرفين معناه تنفيذ لعقد البيع .

ولقد عرف عقد البيع في وقت لاحق تطورا آخر ، وهو البيع لأجل ، الذى كان يسمى آنذاك ، البيع بالنسيئة ، اذ يجيز فيه البائع للمشترى التأخر في دفع الثمن الى وقت لاحق ، فكان هذا البيع لأجل بداية لمسألة جديدة لم تكن تعرف من قبل ، ولذلك بدأ البحث عما هو الحكم في حالة عدم دفع المشترى للثمن عند حلول الأجل ، وما هو الحكم في حالة عدم قيام البائع بنقل الملكية ، وهذا ما نجيب عليه فيما يلي :

أثر عدم دفع الثمن في عقد البيع :

ان دفع الثمن هو التزام يتولد عن عقد البيع ، يقابله التزام بنقل الملكية يقع على عاتق المتعاقد الآخر ، فاذا لم يقم المشترى بتنفيذ التزامه ، وهو دفع الثمن ، بعد أن منحه البائع أجلا ، أو بعد أن تسلم المبيع تسلما فعليا لم يكن للبائع (وهو الدائن) أن يتحلل من التزاماته ، ولا يستطيع أن يطالب برد المبيع ، اذا كان قد قام بتسليمه ، وانما له الحق في الدعوى الشخصية الناشئة عن العقد ، التي تجيز له حق المطالبة بدفع الثمن دون التحلل من التزاماته المتولدة عن ذات العقد ، ومعنى ذلك أنه لا يستطيع فسخ العقد .

وقد أدى هذا الوضع الى تعرض البائع الى أخطار تهدده في ذمته المالية ، اذا أفلس المشترى أو أعسر ، اذ أن البائع كان حتما يخسر المبيع والثمن معه ، وهذا يدل على أن القانون الروماني لم يكن يعرف الترابط الذى يحكم الالتزامات المتقابلة بعد نشوئها ، مما جعل البائع ، على هذا النحو ، لا يتمتع بحماية قانونية كافية خاصة أن البيع لأجل ، قد أصبح معمولا به وشائعا في المعاملات الرومانية .

ولما كان البائع معرضا لهذا الخطر من حين لآخر ، فقد لجأ الرومانيون الى البحث عن وسائل تكون كفيلة بحمايته من ضياع المبيع ، وعدم حصوله على الثمن ، فابتدعوا من أجل تحقيق ذلك الوسائل التالية :

الوسيلة الأولى : حيازة المبيع حيازة مؤقتة

ابتدع الرومانيون هذه الوسيلة ، وكانت الغاية منها حماية كل بائع لم يحصل على ثمن المبيع ، فكان يوضع شرط في عقد البيع يجعل تسليم الشيء المبيع مجردا من نقل الملكية ، أى أن التسليم الذى قام به البائع ، هو عبارة عن حيازة مؤقتة الى أن يقوم المشترى بتنفيذ التزامه ، وهو دفع الثمن ، فاذا لم يقم هذا الأخير بما عليه ، جاز للبائع أن يرفع ضده دعوى الاسترداد بعد حلول الأجل ، وقد كان يترتب على هذه الدعوى ، اعادة المبيع الى البائع ، وليس للمشترى حق الدفع أو المقاومة في مواجهته ، لأن التسليم الذى تم من قبل غير ناقل للملكية .

الوسيلة الثانية : اشتراط الايجار

ابتدع الرومانيون وسيلة أخرى لدفع الخطر الذى كان يهدد البائع عند عدم دفع المشترى للثمن في عقد البيع ، وهي تسليم الشيء المبيع الى المشترى على سبيل الايجار ، الى أن يقوم بدفع الثمن كاملا ، فتصبح الملكية له ، والا بقيت للبائع ، مما يجيز له استرداد الشيء المبيع عن طريق دعوى الاسترداد اذا لم يقم المدين (المشترى) بدفع ما عليه .

غير أنه يمكن القول ، بالنظر الى الوسيلتين المذكورتين اللتين عرفهما القانون الروماني بصدد عقد البيع ، أن الحماية القانونية فيهما ، لم تكن كافية لسد حاجات العمل ، وانما كانت تلك الحماية عبارة عن وقف انتقال الملكية ، وليست انحلالا للعقد ، اذ يبقى العقد قائما من الناحية القانونية في جميع الحالات .

وقد ترتب على هذه الحلول بعض النتائج اللامنطقية ، اذ كان يجوز للمشترى القيام بدفع الثمن ، ولو بعد مرور فترة زمنية طويلة من حلول أجل الدفع ، مما يحق له طلب تسليم المبيع ، واذا كان قد تسلمه ، فانه يحق له الاحتفاظ به ولو لعدة سنوات ، وهذا يعني أن البائع لم يكن يستطيع التصرف في الشيء المبيع خوفا من عدم قبض الثمن .

ولذلك فاننا نرى في هذه الحلول قيودا على حرية البائع بالنسبة الى الشيء المبيع ، وليست حماية له ، كما هي الحال بالنسبة الى الفسخ الذى تعرفه القوانين الحديثة والذى يضع حدا لآثار العقد والالتزامات المتولدة عنه ، عن طريق حل الرابطة التعاقدية .

الوسيلة الثالثة : الشرط الفاسخ الصريح (1) Lex COMMISSORIA

مقتضى هذه الوسيلة (وهي قاعدة رومانية لا زالت مطبقة في القوانين الحديثة حتى الآن)(2) ، أن الطرفين يضمّنان العقد شرطا يكون للبائع بمقتضاه استرجاع الشيء المبيع اذا لم يقم المشترى بدفع الثمن في الوقت المحدد ، وبذلك أصبح للبائع "الدائن" في حالة عدم قيام المشترى " المدين " بالتزامه ، الحق في التمسك بالشرط الفاسخ الصريح الذى بمقتضاه يعتبر الشيء المبيع كأن لم يكن قد اشتراه أحد فتعود ملكيته الى البائع ، الا أن الشرط الفاسخ الصريح قد اعتبره الرومانيون قاصرا على حالات معينة ، أى يجب ، للعمل به ، أن يكون منصوصا عليه صراحة في العقد ذاته ، والا كان غير منتج لآثاره .

وتجدر الملاحظة أن الشرط الفاسخ الصريح ، لم يكن يحمي الطرفين ، بل كان قاصرا على حماية البائع دون المشترى ، وهذا بخلاف ما يجرى عليه العمل في القوانين الحديثة ، التي لا تميز بين البائع والمشترى في هذا الصدد ، بل تجيز لكل منهما ، اذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته ، أن يطلب فسخ العقد ، أو يقوم بفسخه بارادته المنفردة ، اذا كان هناك اتفاق سابق على ذلك .

---

(1) أنظر : الدكتور شفيق شحاته ، نظرية الالتزام في القانون الروماني ، ص 240 ، سنة 1963 ، والدكتور عبد المنعم البدراوى ، النظرية العامة للالتزام ، ج 1 ص 531 — 533 ، ووريكان ، الشرط الفاسخ الصريح ، المجلة الفصلية ص 433 سنة 1927 ، والدكتور محمود سلام زناتي ، المرجع السابق ص 208 ومابعدها ، والدكتور محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ص 397 ، والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني المصرى ، الطبعة الثانية ص 333 سنة 1954 .

(2) راجع المادة 363 من القانون المدني الجزائرى المقابلة للمادة 430 من القانون المدني المصرى .

هذا بالنسبة الى الوضع الذى كان عليه القانون الروماني حين لا يقـوم المشترى في عقد البيع بتنفيذ التزاماته ، وأثر ذلك على العقد ، وبقي علينا معرفة مدى أثر عدم قيام البائع بالتزامه ، وهو ما نستعرضه فيما يلي :

أثر عدم تسليم المبيع في عقد البيع :

قلنا فيما سبق ان عقد البيع صار من العقود الرضائية ، يولد التزامات على البائع ، التزامه بنقل الملكية وتسليم الشيء المبيع ، والتزامه بضمان العيوب الخفية التي قد تلحق بالمبيع ". (1)

بالنسبة الى التزام البائع بتسليم الشيء المبيع ، فان عدم تحققه يعود الى سببين لا ثالث لهما ، إما خطأ قد وقع من البائع ، فأدى الى عدم تنفيذ التزامه ، وإما أن يكون هناك سبب أجنبي ، تدخل فحال بين البائع وبين تنفيذ التزامه دون أن يكون له دخل فيه .

ففي الحالة الأولى ، التي يكون فيها عدم التنفيذ راجعا للبائع ، ليست هناك نصوص قانونية في القانون الروماني ، تجيز للمشترى ، فسخ عقد البيع ، بل ان هذه المسألة لم تكن مطروحة تماما ، لأن المشترى يكون بين أحد أمرين : فإما ألا ينفذ التزامه وبالتالي لا يحق له المطالبة بتسليم المبيع ، وإما أن يقوم بتنفيذه ، فيحق له أن يرجع على البائع ، ولكن لا على أساس دعوى الفسخ المعروفة حاليا في القوانين الحديثة ، بل على أساس دعوى التنفيذ التي كان يجيزها القانون الروماني ، والتي كانت تحقق له مبلغا مساويا لما دفعه ، بالاضافة الى التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب . (2)

أما في الحالة الثانية ، التي يكون فيها سبب عدم التنفيذ ، راجعا الى سبب أجنبي ، كما لو هلك المبيع بقوة قاهرة ، فيكون معنى ذلك انتفاء الخطأ في جانب

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ص 406 وما بعدها . والدكتور ابراهيم أبو الدجا ، محاضرات في فسخ العقد ، المرجع السابق .

(2) أنظر في هذا الصدد : الدكتور محمود سلام زناتي ، المرجع السابق ، ص 192 وما بعدها .

البائع (المدين) ، ويترتب على ذلك عدم جواز مطالبة المشترى (الدائن) بتنفيذ العقد ، وكذلك الأمر بالنسبة الى التعويض عما لحقه من خسارة ، ذلك أن المحل قد أصبح مستحيلا ، ومن ثم فمن باب أولى ، لا يجوز له فسخ عقد البيع لعدم تسلمه المبيع .

وبناء على ذلك ، فقد كان يترتب على هذه القواعد الرومانية ، أن يبقى المشترى في عقد البيع ملتزما بدفع الثمن ولو لم يحصل على الأداء المقابل ، وهو تسلمه للمبيع ، وهي نتيجة غير منطقية ومجافية لقواعد العدالة .

وليس هناك تفسير لمثل هذا الوضع ، الا فيما أشرنا اليه آنفا ، وهو عدم ادراك الرومانيين ، مدى ترابط الالتزامات في عقد البيع بعد نشوء العقد ، بل اقتصرت نظرتهم لهذا الارتباط عند النشوء ، ومن ثم كانت الالتزامات المتولدة عنه مستقلة استقلالا تاما عند التنفيذ .

وقد ترتب على ذلك أن المشترى الذى لم يتسلم المبيع ، لا يستطيع التحلل من التزاماته ، في حين أن القوانين الحديثة تجعل العقد في مثل هذه الحالة مفسوخا بقوة القانون ، ومن ثم يتحلل المتعاقد الذى لم ينفذ التزامه من التزاماته في مواجهة المتعاقد الآخر. (1)

أما بالنسبة الى التزام البائع بالضمان ، فلم يكن ، القانون الروماني ، يوحد الحكم بين التزام البائع بضمان الاستحقاق ، والتزامه بضمان العيوب الخفية ، بل كان حكمه يختلف بينهما :

ففيما يتعلق بضمان الاستحقاق ، لم يكن القانون الروماني يعرفه في بداية الأمر، ولكن التطور الملحوظ الذى لحق عقد البيع ، جعل ضمان الاستحقاق من الالتزامات التي يولدها العقد على عاتق البائع (2) ، بحيث أصبح المشترى يستطيع رفع دعوى الاثراء ضد البائع ، في حالة استحقاق المبيع ، وهي دعوى تحقق له التعويض عن الضرر الذى لحقه من جراء الاستحقاق .

---

(1) أنظر حكم المادة 121 من القانون المدني الجزائرى .
(2) أنظر في ذلك : الدكتور محمود سلام زناتي ، المرجع السابق ، ص 200 ومابعدها .

ويستطيع المشترى الى جانب ذلك ، الحصول على ضعف المبلغ في حالة الاستحقاق ، بشرط أن يتضمن العقد شرطا يقضي بذلك .

وهكذا نجد القانون الروماني رفض فسخ عقد البيع في حالة الاستحقاق ، سواء كان كليا أو جزئيا ، وأجاز للمشترى استعمال دعوى الاثراء التي تؤدي الى التعويض عن الضرر ، وليس هذا فسخا بالمفهوم الذى تعرفه قوانيننا الحديثة .

أما فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية ، فان القانون الروماني قد اتخذ موقفا مخالفا لما أخذ به في ضمان الاستحقاق ، اذ أباح حل الرابطة التعاقدية ، لأن العيوب الخفية ، تقلل من منفعة العقد الاقتصادية ، وتؤثر في طبيعته من جميع الجوانب . (1)

ولذلك كان يجوز للمشترى ، الذى يكشف عيبا خفيا في الشيء المبيع ، أن يرفع دعوى الشراء ، وله الخيار في رفعها ، إما بوصفها دعوى الرد للعيب ، وإما بوصفها دعوى تخفيض الثمن ، وما بوصفها دعوى أصلية .

فاذا رفعها بوصفها دعوى الرد للعيب ، فكانت تؤدي الى حل الرابطة التعاقدية ، اذ يجب على البائع رد الثمن للمشترى ، وعلى هذا الأخير رد المبيع للبائع . (2)

وقد يرفعها في بعض الحالات ، لا على أساس دعوى الرد للعيب ، ولكن بوصفها دعوى تخفيض الثمن ، الى الحد الذى يناسب قيمة الشيء المبيع بعد ظهور العيب فيه . (3)

---

(1) أنظر في هذا المعنى : الدكتور محمود سلام زناتي ، المرجع السابق ، ص 201 وما بعدها . والدكتور ابراهيم أبو النجا ، محاضرات في فسخ العقد ، المرجع السابق .

(2) حدد القانون الروماني مدة محددة لرفع هذه الدعوى ، وذلك خلال ستة الأشهر التالية لانعقاد العقد .

(3) لا يجوز رفع هذه الدعوى بعد مرور سنة من انعقاد العقد .

وله أخيرا أن يرفعها بوصفها دعوى أصلية (دعوى الاثراء) فيكون له الحق في الحصول على التعويض لنتيجة الضرر الذى أصابه بسبب وجود عيب في الشيء المبيع ، وينظر في تقدير التعويض الى الوقت الذى نشأ فيه العقد ، لا الى تاريخ اكتشاف العيب .

يتبين لنا من هذا الموقف الذى كان يجرى عليه العمل في القانون الروماني نحو عقد البيع ، في حالة ظهور عيب خفي ، أن الرومانيين ، أجازوا حل الرابطة التعاقدية ، من طريق دعوى الرد للعيب ، التي تشبه الى حد ما دعوى الفسخ المعروفة في القانون الحديث ، اذ يترتب على رفعها والحكم بها لصالح المشترى ، أن العقد يعتبر بالنسبة اليه ، كأن لم يكن ، فيعاد الطرفان الى ما كانا عليه قبل التعاقد ، ويعامل البائع والمشترى بنفس الشدة ، نتيجة استخدام هذه الدعوى ، وهذا يعني أنه لا يجوز لكل من البائع والمشترى الاحتفاظ بما تلقاه من الطرف الآخر. (1)

ولكن رغم هذا التشابه الذى يجمع بين دعوى الرد للعيب ، ودعوى الفسخ ، فهناك اختلاف بين الدعويين ، اذ تقرر القوانين الحديثة حق الفسخ لكل من الطرفين ، دون تمييز بين البائع والمشترى ، في حين أن دعوى الرد للعيب ، كما رأينا من قبل ، لا تكون الا لصالح المشترى .

وفضلا عن ذلك ، فان الفسخ في القانون الحديث ، يطبق في جميع العقود الملزمة للجانبين ، فهي قاعدة عامة منصوص عليها في معظم القوانين الحديثة ، وخاصة منها القوانين التي تأخذ بالنظرية العامة لفسخ العقد ، كما هي الحال بالنسبة الى القانون المدني الجزائرى . (2)

---

(1) قارن بين ما ترتبه دعوى الرد للعيب وفقا للقانون الروماني وما ترتبه دعوى الفسخ وفقا للقانون المدني الجزائرى المادة 122 ، اذ لا فرق بينهما من حيث الآثار .

(2) راجع حكم المواد 119 ، 120 ، 121 مدني جزائرى ، وتقابلها المواد 157 ، 158 ، 159 مدني مصرى ، اذ تجدها ، تضع قواعد عامة تطبق على جميع العقود الملزمة للجانبين .

بينما لا يطبق الفسخ في القانون الروماني ، الا في حدود ضيقة ، بل وحتى في العقد ذاته ، كعقد البيع مثلا ، نجده تارة يجيزه ، وتارة أخرى وهو الأصل العام لا يجيزه .

نخلص من ذلك الى القول ، بأن القانون الروماني ، لم يكن يضع قاعدة عامة لحل الرابطة التعاقدية ، في عقد البيع ، حين لا يقوم ، أحد الطرفين ، بتنفيذ ما عليه من التزامات تجاه المتعاقد الآخر ، بل كان ، كما رأينا من قبل ، قد وضع حلولا جزئية لمعالجة بعض الأوضاع القانونية ، ولذلك جاءت أحكامه خالية من القواعد العامة التي يمكن الاعتماد عليها في جميع الحالات ، كما هو الشأن بالنسبة الى القوانين الحديثة .

واذا كان هذا هو حكم القانون الروماني بالنسبة الى عقد البيع ، ومدى تطبيق نظرية الفسخ فيه ، فان موقفه في عقد الايجار يختلف عنه في عقد البيع ، اذ أنه اتخذ موقفا أكثر تقدما ، وهو ما نستعرضه حالا .

* * *

المطلب الرابع

عقد الايجار ونظرية الفسخ في القانون الروماني

تاريخ ظهور عقد الايجار :

لم يكن القانون الروماني في بداية الأمر يعرف عقد الايجار ، والسبب في ذلك ، أن الأراضي كانت تزرع ، بواسطة ملاكها ، والمساكن ، تستعمل من طرف صاحب الأرض نفسه ولأن الرومانيين كانوا يعيشون حياة بسيطة ، فلا حاجة بهم الى الاستعانة بغير أفراد العائلة ، بل كان أعضاء أفراد العائلة الرومانية ، هم الذين يقومون بهذه الأعمال . (1)

ولكن المجتمع الروماني كغيره من المجتمعات القديمة ، تغير وتغيرت معه الظروف الاجتماعية ، والاقتصادية ، خاصة في منتصف عصر الجمهورية ، اذ أخذ الأجانب

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور شفيق الجراح ، المرجع السابق ، ص 340 ومابعدها .

يفدون الى مدينة روما ، فكان لابد من اقامة مساكن ، لتأجيرها لهم ، ثم أن الأراضي أصبحت مملوكة لفئة معينة ، هي فئة الملاك الكبار ، ولم تعد هذه الفئة قادرة على القيام بزرعها ، دون مشاركة غيرها في ذلك ، مما أدى الى تأجير أجزاء منها لصغار المزارعين .

بالاضافة الى ذلك ، فان أفراد الأسرة الرومانية ، لم يعد عملهم كافيا ، لتحقيق متطلبات التطور الذى حدث في المجتمع الروماني ، فأدى الى الاستعانة بأصحاب الحرف ، والمهن ، ومنذ ذلك الحين ، برز الى الوجود ، عقد الايجار ، وتطور ، شأنه في ذلك شأن عقد البيع ، وتخلص من الشكلية التي عرفها القانون الروماني ، فأصبح عقدا رضائيا يتم ابرامه بمجرد تراضي الطرفين . (1)

تعريف عقد الايجار ومدى أهمية تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه :

يمكن تعريف عقد الايجار تعريفا مبسطا بأنه (هو العقد الذى يتعهد فيه الشخص تجاه الآخر بتمكينه من الانتفاع بشيء ، مقابل أجرة يتعهد الطرف الآخر بدفعها) .

يتضح لنا من هذا التعريف أن عقد الايجار من عقود حسن النية ، مثله مثل عقد البيع ، يتم انعقاده بمجرد تراضي الطرفين ، وينشيء التزامات ثنائية ، ولذلك فالايجارة أخت البيع ، كما قال جيستنيان (2) .

ويتبين لنا أيضا من التعريف السابق أن عقد الايجار من عقود المدة ، ينشيء التزامات تستمر قائمة بالنسبة الى كل من طرفيه طوال مدة العقد ، فهي التزامات على درجة من الأهمية من حيث ترابطها ، اذ أن سقوط التزام أحد المتعاقدين يؤدى الى سقوط التزام المتعاقد الآخر .

---

(1) أنظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ، ج 1 ص 416 ومابعدها . والدكتور محمود سلام زناتي ، المرجع السابق ، ص 210 . والدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج 1 ، القاهرة سنة 1960 ، ص 46 فقرة 34 . والدكتور صوفي حسن أبو طالب ، ... والدكتور معروف الدواليبي ، المرجع السابق ، ص 390 .

(2) أشار الى هذا القول الدكتور معروف الدواليبي ، المرجع السابق ص 390 .

وقد أدى فهم حقيقة ارتباط الالتزامات المتقابلة بعضها ببعض من طرف الرومانيين ، الى اختلاف أحكام القانون الروماني في مجال عقد الايجار عما كان عليه الوضع في عقد البيع ، اذ كلما أحجم المؤجر أو المستأجر عن تنفيذ التزامه ، جاز الطرف الآخر أن يتحلل من التزاماته الناشئة عن ذات العقد ، يستوي في ذلك أن يكون سبب عدم التنفيذ راجعا الى خطأ أحد المتعاقدين أو راجعا الى السبب الأجنبي ، وهو ما يسمى في القوانين الحديثة بانفساخ العقد .(1)

وعليه ، فاذا امتنع المستأجر من دفع الأجرة خلال مدة معينة (2) . أو أساء استعمال العين المؤجرة ، جاز للمؤجر التخلص من التزاماته نحو المستأجر ، وبالمقابل ، فان عدم التنفيذ الذي يكون من طرف المؤجر ، كأن لم يعد قادرا على تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، يجعل للمستأجر الحق في التحلل من التزاماته نحو المتعاقد الآخر ، فاذا كان المستأجر لم يدفع الأجرة ، فلا يحق للمؤجر أن يطالبه بها ، لأنه لا يربطه به أي التزام تعاقدي بعد أن سقط التزام المستأجر .

والواقع هو أن الذي ساعد الرومانيين على الوصول الى هذا الحل في عقد الايجار ، هو طبيعة العقد ذاته من جهة ، والالتزامات الناشئة عنه من جهة أخرى ، اذ أن طبيعة عقد الايجار ، هي أنه من عقود المدة (3) ، وهي تستلزم بقاء كل من الطرفين ملزما تجاه الطرف الآخر طوال مدة العقد ، أما طبيعة الالتزامات الناشئة عنه ، فهي تقوم على أساس دفع الأجرة من المستأجر وتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة من قبل المؤجر ، ولا يتحقق ذلك الا بوجود علاقة وثيقة بين التزام المستأجر والتزام المؤجر في آن واحد ، دون انقطاع .

ولذلك فقد شعر الرومانيون بأن نشوء العقد وحده ، غير كاف بالنسبة الى الالتزامات المتولدة عنه ، بل ان تنفيذه هو الأهم بالنسبة الى المتعاقدين ، ومن هنا كانت الصورة أكثر وضوحا بالنظر الى أهمية تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ومدى ترابطها .(4)

---

(1) راجع حكم المادة 121 من القانون المدني الجزائري .
(2) كانت المدة المحددة لرفع الدعوى سنتين من تاريخ تسليم العين المؤجرة .
(3) أنظر الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص 77 ف 57 .
(4) أنظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ص 423 هامش رقم 1 .

وقد ترتب على هذا المفهوم الجديد للالتزامات في مجال عقود الايجار ، أن المؤجر أو المستأجر لا يكون ملتزما في مواجهة الطرف الآخر اذا أخل أحدهما بما وعد به ، اذ يعتبر نفسه غير ملزم بالالتزامات التي كانت في ذمته ، وذلك نتيجة انحلال الترابط الذي كان يحكمه بالمتعاقد الآخر ، ذلك أن الالتزامات قد أصبحت التزامات انفرادية ، وهو الأمر الذي لا يتفق مع طبيعة العقود الملزمة للجانبين ، ولذلك ظهرت في القانون الروماني دعاوى نستعرضها كما يلي :

دعاوى حماية عقد الايجار :

نظرا لأهمية ترابط الالتزامات التي برزت بوضوح أكثر في عقد الايجار ، فقد كان في القانون الروماني دعويان من دعاوى حسن النية لحمايته ، احداهما خاصة بحماية المؤجر في الحالات التي يمتنع المستأجر فيها عن القيام بالتزاماته وتسمى دعوى الايجار (Actio Locati) ، والأخرى لحماية المستأجر ، وتسمى دعوى الاستئجار (Actio Conducti) [1] .

وقد كان يترتب على استعمال احدى الدعويين نفس الآثار التي يرتبها فسخ عقد الايجار في القانون الحديث ، كالقانون المدني الجزائري [2] . فلا تدفع الأجرة مستقبلا ، ولا يجوز استردادها اذا كانت قد دفعت ، لأنها مقابل الانتفاع بالشيء الذي تم من قبل ، كذلك فان حل الرابطة التعاقدية يستوجب رد المستأجر للعين المؤجرة ، دون الثمار التي يكون قد جناها خلال فترة الايجار ، لأنها مقابل ما قدمه من أجرة .

وبناء على ذلك ، يمكننا القول بأن القانون الروماني قد خالف موقفه الذي سار عليه في عقد البيع ، وأخذ بموقف آخر أكثر وضوحا بالنسبة الى الالتزامات الناشئة عن عقد الايجار ، اذ أجاز لكل من طرفيه الحق في التحلل من التزاماته عندما يتقاعس المتعاقد الآخر عن تنفيذ ما في ذمته من التزامات تعاقدية ، دون أن يقصر ذلك على متعاقد دون آخر ، كما فعل بالنسبة الى عقد البيع ، اذ رأينا من قبل أن التحلل من الالتزامات الناشئة عن عقد البيع لا يجوز التخلص منها الا عندما يتضمن العقد شرطا فاسخا صريحا ، ولصالح البائع دون المشتري .

(1) أنظر الدكتور عبد السلام الترمانيني ، المرجع السابق ص 211 ومابعدها .
(2) راجع المواد 477 ، 481 ، 484 ، 438 من القانون المدني الجزائري .

واذا كان القانون الروماني قد عرف حلولا في عقد الايجار تعتبر أكثر تقدما مما في عقد البيع ، فأجاز لكل من المؤجر والمستأجر التخلص من التزامات العقد اذا ما أخل أحدهما بها ، فان ذلك لم يكن يعبر عن الفسخ (la Resolution) بمفهومه الواسع الذى تعرفه القوانين الحديثة ، لأن هذا الأخير يكون ذا أثر رجعي كقاعدة عامة ، في حين أن ما ذهب اليه الرومانيون انما هو أقرب الى الانهاء (Resiliation) منه الى الفسخ ، لأنه كان يؤدى الى تخلص المتعاقد من التزاماته بالنسبة الى المستقبل فقط .

ومما تقدم بيانه ، يمكننا القول بأن القانون الروماني ، قد عرف حلولا في عقد الايجار لم يعرفها من قبل في عقد البيع ، تتمثل في اعطاء كل من المؤجر والمستأجر الحق في التحلل من التزاماته في مواجهة الطرف الآخر ، في حالة عدم قيامه بما رتبه العقد عليه من التزامات مترابطة ومتقابلة .

ورغم أن هذه الحلول لم تذكر صراحة ما نسميه الآن فسخ العقد الا أنها تطبيقات تؤدى في النهاية الى حل الرابطة التعاقدية ، ولذلك اعتبرت البوادر الأولى التي أدت فيما بعد الى قيام نظرية كاملة تسمى بنظرية الفسخ ، ومن ثم كان حقيقة ، أن القانون الروماني قد أخذ بالفسخ في عقد الايجار بطريقة غير مباشرة ، وان كانت لم ترق الى درجة تكوين نظرية عامة تطبق على جميع العقود الملزمة للجانبين ، الا أنه لا يمكن الاستغناء عنها في مجال البحث عن أصول نظرية الفسخ العامة .

واذا كان موقف القانون الروماني من نظرية الفسخ سواء في عقد البيع أو في عقد الايجار وهما من العقود المسماة ، هو ما ذكرناه سابقا فما هو موقفه منها في مجال العقود غير المسماة ؟ ذلك ما نستعرضه على التو .

* * *

المطلب الخامس

العقود غير المسماة ونظرية الفسخ في القانون الروماني

التعريف بالعقود غير المسماة وتاريخ نشأتها :

العقود غير المسماة هي كل اتفاقات تبادلية ، غير ملزمة في حد ذاتها ، ولكنها ، تصبح ملزمة بمجرد تنفيذها من جانب واحد ، يصير صاحب حق في مطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ .

وتأسيسا على هذا المفهوم ، فان كل اتفاق يدخل ضمن الاتفاقات التبادلية يعتبر عقدا غير مسمى ، ولكي يكون كذلك ، يجب ألا يندرج تحت حكم من أحكام العقود التي خصها القانون الروماني بنصوص ، والتي كانت واردة على سبيل الحصر فيه ، خلافا للعقود غير المسماة التي لا يمكن حصرها في عدد محدود .(1)

ويلاحظ أن القانون الروماني لم يكن يعترف بالاتفاقات التي تبرم خارج العقود التي نظمها بنصوص خاصة ، ولكن التطور الذى طرأ على المجتمع الروماني ، وخاصة في مجال الحياة الاقتصادية التي أصبحت مزدهرة(2) ، أدى الى أن كثيرا من العمليات الاقتصادية الشائعة الاستعمال ، قد بقيت مجرد اتفاقات ، ليس لها قوة الالزام ، وانما يتوقف تنفيذها على مبدأ حسن النية من الطرفين ، واذا حدث في الحياة العملية أن يمتنع أحدهما عن تنفيذ الاتفاق ، فلم يكن هناك في القانون الروماني ، وسيلة لحمله على القيام بذلك ، حتى لو كان قد تسلم شيئا من الطرف الآخر .

وانطلاقا من هذا الوضع الشاذ ، الذى يجافي قواعد العدل ، والمنطق القانوني ، لأن أحد الطرفين قد أصبح يثرى على حساب الطرف الآخر دون سبب صحيح ، عمد الفقه الروماني الى البحث عن قواعد ، تحكم هذه الاتفاقات ، وقد أسفر

---

(1) أنظر الدكتور معروف الدواليبي ، المرجع السابق ، ص 406 بند 3 .

(2) أنظر الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص 367 . والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص 40 ومابعدها . والدكتور محمود سلام زناتي ، المرجع السابق ، ص 233 ومابعدها .

البحث عن تقرير قاعدة الاثراء بلا سبب ، التي لازالت مطبقة في القوانين الحديثة حتى يومنا هذا .

وبذلك أصبح لهذه الاتفاقات حماية قانونية ، يستطيع بواسطتها الطرف الذى نفذ اتفاقه ، أن يسترد ما قدمه من أداءات عن طريق دعوى الاسترداد (1) Condicito ob Rom dati .

ويطلق عليها البعض اصطلاح عدم اتباع التنفيذ بالتنفيذ Condictio causa data causa Non secuta ولكن هذه الدعوى لم تكن ترفع على أساس العقد ، بل كانت ترفع على أساس الاثراء بلا سبب .

الا أن تطبيق هذه القاعدة على اطلاقها ، قد أدى الى نتائج جدّ خطيرة لا تقل أهمية عن عدم تطبيقها ، ذلك أن من قام بالتنفيذ ، قد أصبح يعتمد عليها ويستعملها في جميع الحالات التي يريد فيها استرداد الشيء الذى قدمه ، والغاء الاتفاق ، مما أدى الى الزعزعة في المعاملات التي يكون مصدرها الاتفاق ، والى تشجيع سوء النية بطريقة غير مباشرة .

ولذلك لجأ الرومان ، الى البحث عن قيد لتطبيق مبدأ الاثراء بلا سبب تطبيقا سليما ، وكان الحل الذى وصل اليه الفقه الروماني ، في ذلك هو ، أنه لا يجوز الرجوع في الاعطاء ، الا اذا لم تتحقق الواقعة التي من أجلها قدم الأداء ، وذلك تطبيقا لقاعدة رومانية تسمى (الاعطاء من أجل الحصول على شيء) وبهذا القيد ، لم يعد للطرف الذى نفذ الاتفاق الحق في استرداد ما قدمه اذا تحققت الواقعة التي من أجلها قام بالاعطاء .

هذا بالنسبة الى الطرف الذى نفذ الاتفاق وتحققت في جانبه الواقعة المرجوة ، أما بالنسبة الى الحالات التي لا يقوم فيها الطرف الآخر بتنفيذ ما وعد به (عدم تحقق الواقعة المرجوة) فقد اتبع الرومان ، دعوى كانت تسمى (رد أداء نفذ في مقابل أداء لم ينفذ) ، وهي دعوى لا تختلف كثيرا عما تعرفه القوانين الحديثة في دعوى الفسخ ،

---

(1) أنظر : الدكتور محمود سلام زناتي ، المرجع السابق ، ص 238 ومابعدها ، الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص 316 فقرة 373 ، الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 1104 .

وخاصة من حيث الآثار المترتبة على استعمالها[1] ، ثم انها لا ترفع الا اذا لم تتحقق الواقعة المرجوة ، وهو ما يسمى في القانون الحديث بالفسخ لعدم التنفيذ .

غير أن الشبه الذى يجمع بين الدعويين ، هو شبه في الحقيقة من حيث الظاهر فقط ، اذ يختلف كل من النظامين ، اختلافا جوهريا ، ذلك أن الاتفاق ، لم يكن عقدا بالمعنى الصحيح الذى تعرفه القوانين الحديثة ، ولم تكن له قـوة ملزمة كما هي الحال بالنسبة الى العقد في الوقت الحاضر ، واذا رفعت دعوى رد أداء نفذ في مقابل أداء لم ينفذ ، فلم تكن ترفع بمناسبة الاخلال بالتزام تعاقدى ، كما هو الشأن في القوانين الحديثة ، بل كانت وسيلة لمنع الاثراء بلا سبب . وبالتالي لم تكن تعتبر دعوى فسخ ، لأن هذه الأخيرة هي جزاء الاخلال بالتزام مـــن الالتزامات التعاقدية في عقد من العقود الملزمة للجانبين وفقا للقوانين الحديثة .

وفضلا عن ذلك كله ، فعلى الرغم من أن دعوى ، رد أداء نفذ في مقابل أداء لم ينفذ ، تعتبر فصلا عن تطور قانوني لم يعرفه القانون الروماني القديم (القانـــون المدني) ، الا أنها لم تكن كافية لحماية الطرف الذى نفذ اتفاقه ، خاصة وأن هذه الاتفاقات قد شملت ميادين واسعة ، اذ أصبح الاتفاق ليس قاصرا على الأشياء ، بل أصبح ينصب أيضا على العمل ، وبالتالي ، فاذا امتنع الطرف الذى وعد به . لم يكن للطرف المنفذ (الدائن) وسيلة تحميه ، لأن الدعوى سالفة الذكر ، لا تصلح لاسترداد العمل الذى قام به المنفذ للاتفاق . وفي نفس الوقت ليس له الحق في رفع دعـــوى المطالبة بالتنفيذ ، لأن الاتفاق ، كما بينا آنفا ، لا يعتبر عقدا ، ومن ثم لا تتولد عنه دعاوى لحماية المتعاقد الذى قام بالتنفيذ .

ويبدو أنه لذات العلة ، تدخل والي القضاء (البريتور) بما له من سلطـة ، لايجاد حلول ليست مستمدة من القانون الروماني ، لأنه لا يعترف بهذه الاتفاقـات التي تسمى بالعقود غير المسماة ، ولكنها مستمدة من مبدأ حسن النية والعدالـة ، والمعاملات التجارية ، وأعرافها ، وكان تدخله كما يلي :

---

(1) أنظر في ذلك ، الدكتور ابراهيم أبو النجا ، محاضرات في نظرية الفسخ ، دروس غير مطبوعة ، المرجع السابق .

الدعاوى البريتورية لحماية العقود غير المسماة :

تدخل البريتور لايجاد حلول للنقص الموجود في القانون الروماني ، وكما أن تدخله يستهدف ايجاد دعاوى لحماية كل من نفذ ما وعد به في العقود غيرالمسماة وقد أسفر ذلك عن ما يلي :

1 ــ دعوى الغش : استطاع البريتور بما له من سلطة ، أن يعطي للطرف الذى نفذ الاتفاق ، حق رفع دعوى الغش ، ضد الطرف الآخر الذى لم يقم بتنفيذ ما وعد به . (1)

وقد كان يترتب على استعمال هذه الدعوى ، أن من حصل على شيء مقابل أدائه لشيء آخر ، يكون قد ارتكب غشا نحو الطرف الآخر ، اذا امتنع عن الوفاء بما تعهد به ، وبالتالي يحكم عليه بغرامة مالية نتيجة امتناعه الذى يعد غشا .

2 ــ الدعوى الواقعية : لم يكتف البريتور الروماني في العقود غير المسماة بالحكم على الطرف الذى لم ينفذ اتفاقه ، بالغرامة المالية عن طريق دعوى الغش السالفة الذكر ، بل ألزم بالوفاء كل طرف في الاتفاق لم ينفذ ما تعهد به نحو الآخر، فأعطى لهذا الأخير الحق في رفع دعوى مبنية على الواقع ، وقد كان يترتب على استعمال هذه الدعوى اجبار الطرف الآخر على التنفيذ ، أو الحكم عليه بمبلغ من النقود يعادل ما أصاب المنفذ للاتفاق من أضرار ، كتعويض له ، وكانت للبريتور في ذلك سلطة تقديرية ، فقد يرى استحالة التنفيذ فيحكم بالتعويض ، لأن هذه الدعوى لم يكن لها سند قانوني في القانون الروماني . (2)

وهكذا يجد الباحث في القانون الروماني ، وخاصة في عهوده الأولى ، أنه لم يكن يحمي العقود غير المسماة ، وما هذه الدعاوى الا عمل من أعمال البريتور .

غير أن القانون الروماني في آخر مراحل تطوره ، عرف تطورا ملحوظا بالنسبة للعقود غير المسماة ، اذ وصل الى أن الاعطاء من أجل الحصول على شيء ، اذا نفذ

---

(1) الدكتور شفيق الجراح ، المرجع السابق ، ص 239 ومابعدها .

(2) أنظر : الدكتور رضا فرج ، المرجع السابق ، ص 133 .

من جانب واحد ، صار عقدا يولّد التزامات على الطرف الآخر(1) ، وبالتالي تجب حمايته ، فجاءت الدعاوى التالية حماية له :

الدعاوى القانونية لحماية العقود غير المسماة في قانون جيستنيان :

لقد تغير الوضع في عهد جيستنيان ، وهو آخر ما وصل اليه القانون الروماني من تطور ، فقد أصبح الاعطاء من أجل الحصول على شيء عقدا غير مسمى (من عقود حسن النية) ينعقد بتسليم الشيء ، ولا ينشأ عنه التزام ، الا اذا كان الاعطاء قد نفذ ، مما يجعل الدائن (المنفذ) في حاجة الى حمايته من المدين ، فكان ذلك يتم بالوسائل الآتية :

1 ـ دعوى العنوان المكتوب : بموجب هذه الدعوى يستطيع الطرف الذى نفذ ما وعد به ، أن يحصل على التنفيذ العيني أو التعويض ، وهو يعادل الفائدة التي كان يحصل عليها لو تم التنفيذ من الجانب الآخر.

ولقد أباح القانون الروماني استعمال هذه الدعوى في جميع صور العقود غير المسماة ، دون أن يقصرها على صور دون أخرى .

والواقع أنه ، ولو اختلفت هذه الدعوى في التسمية عن الدعوى الواقعية التي سبق بيانها ، والتي ابتدعها البريتور ، فانها لا تختلف في مضمونها عنها .

ولذلك فلم يكن بشأنها شيء جديد وانما ظهرت تحت اصطلاح جديد . (2)

2 ـ دعوى الاسترداد : الى جانب الدعوى ذات العنوان المكتوب بقيت دعوى الاسترداد التي ابتدعها الفقهاء وأقرها القانون الروماني ، في آخر تطوره ، وهي دعوى بموجبها ، يستطيع الطرف الذى نفذ التزامه أن يطالب ، باسترداد ماقدمه ، في حالة عدم قيام الطرف الآخر بما عليه من التزامات .

---

(1) أنظر : الدكتور ابراهيم أبو الدجا ، محاضرات في نظرية الفسخ ، دروس غير مطبوعة ، المرجع السابق .

(2) يلاحظ أن هذه الدعوى يطلق عليها أيضا اصطلاح ، الدعوى ذات الديباجة ، والدعوى المدنية غير معينة الموضوع ، والدعوى المدنية الواقعية ، أنظر في ذلك : الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق ص 324 ، والدكتور محمود سلام زناتي ، المرجع السابق ص 244 ومابعدها .

وقد كان لهذا المتعاقد الحق في الخيار بين رفع دعوى العنوان المكتوب، وهي تؤدى الى التنفيذ، ودعوى الاسترداد التي تؤدى الى فسخ العقد، كما هو معمول به في القوانين الحديثة، ومنها القانون المدني الجزائري الذى يجيز للدائن الخيار بين طلب التنفيذ أو فسخ العقد في المادة 119 منه.

ومنذ ذلك الحين بقيت دعوى الاسترداد الى جانب دعوى العنوان المكتوب، يستطيع الدائن أن يختار احداهما دون الأخرى لحمايته، ولذلك يصح القول من هذه الزاوية، بأن نظرية الفسخ المعروفة في القوانين الحديثة، قد ظهرت في العقود غير المسماة في القانون الروماني، الا أنها كانت عبارة عن تطبيقات ولم تبلغ درجة النظرية العامة كما نعرفها حاليا.

ومما يؤكد أن دعوى الاسترداد الرومانية تشبه الى حد كبير دعوى الفسخ في القانون الحديث، أنها لم تكن ترفع بشأن العقود الملزمة لجانب واحد، بل كانت قاصرة على العقود الملزمة للجانبين، أما في العقود الأخرى فترفع بشأنها دعوى التنفيذ فقط، وهذا ما تقضي به القوانين الحديثة في وقتنا الحاضر.

3 — دعوى الندم: الى جانب الدعويين (دعوى العنوان المكتوب، ودعوى الاسترداد) ظهرت في عهد جيستنيان، دعوى الندم، التي بمقتضاها يستطيع العاقد في العقود غير المسماة، بعد أن يكون قد نفذ التزامه، أن يرجع فيه اذا ما بدا له ذلك، فيعيد الحالة الى ماكانت عليه قبل التعاقد [1]، ولو كان الطرف الآخر مستعدا لتنفيذ التزامه.

وبناء على ذلك فان هذه الدعوى (دعوى الندم) لم تكن تؤسس على عدم التنفيذ من الجانب الآخر، بل كانت تقوم لمجرد أن الطرف الذى نفذ التزامه قد غيّر رأيه، وندم على ما قام به من تنفيذ نحو الطرف الآخر.

وقد أدى هذا الوضع الشاذ في القانون الروماني، الذى كما رأينا من قبل لا يعرف نظرية عامة للفسخ، أن أنكر بعض الشراح والكتّاب، أصل هذه الدعوى في القانون الروماني. [2]

---

(1) أنظر: الدكتور شفيق شحاته، المرجع السابق ص 327.

(2) أنظر في ذلك تفصيلا: الدكتور محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص 244 ومابعدها.

هذه هي القواعد والحلول التي سار عليها القانون الروماني بالنسبة الى حل الرابطة التعاقدية ، منذ العهود الأولى ، الى آخر تطور عرفه القانون الروماني ، فهو لم يصل الى وضع قاعدة عامة لفسخ العقد ، مثل ما هو مقرر في القانون الحديث مثل القانون المدني الجزائري ، كما سوف نرى في حينه ، وانما أخذ بفكرة الفسخ كحل لبعض المسائل التي فرضتها الحياة العملية آنـذاك .

غير أن عدم وجود نظرية عامة للفسخ في القانون الروماني ، بأركانها ، ومعالمها المالية ، لا يعني عدم وجود تطبيقات لها فيه ، اذ كما رأينا ، كيف كان يجوز للبائع أن يفسخ عقد البيع ، اذا اشترط شرطا فاسخا صريحا ، وكيف كان لكل من المؤجر والمستأجر ، أن يتحلل من التزاماته عن طريق حل الرابطة التعاقدية بالنسبة الى المستقبل ، وكيف كان لكل طرف نفذ التزامه في العقود غير المسماة ، أن يسترد ما قدمه اذا لم يقم الطرف الآخر بما عليه من التزام .

واذا كان القانون الروماني قد اقتصر على هذه الحلول الجزئية ، فان القانون الكنسي قد بلورها وأبرزها الى الوجود ، وجعلها ذات طابع عام ، وهو ما نستعرضه فيما يلي :

* * *

المبحث الثاني

الفسخ في القانون الكنسي

المطلب الأول

المبادىء الأساسية التي يقوم عليها النظام الكنسي

قبل الحديث عن نشأة نظرية الفسخ ، وتطورها ، ومدى تطبيقها ، في المحاكم الكنسية ، ينبغي علينا معرفة أهم المبادىء التي تقوم عليها الكنيسة ، وخاصة تلك التي لها علاقة بموضوعنا ، وهي في الواقع قواعد ، ومبادىء دينية ، وأخلاقية مستمدة من الديانة المسيحية ، كان لها الفضل في تطوير بعض النظريات القانونية ، التي لم يستطع القانون الروماني أن يدركها على حقيقتها ، هذه المبادىء هي :

المبدأ الأول : الوفاء بالوعود واجب (1)

يعتبر هذا المبدأ من القواعد الأساسية التي يعتمد عليه النظام الكنسي ، باعتباره ، نظاما دينيا (تشريعا دينيا) يحافظ على احترام المبادىء الأخلاقية التي تقتضي وجوب الوفاء بالعهد ، وكل قاعدة تقوم على التقاليد والمنفعة الاقتصادية ، وتتعارض مع التعاليم المسيحية ، لا يعمل بها ولا تحترم من رجال الكنيسة .

وعليه فان الأخلاق المسيحية هي التي ألهمت الكنسيين ما صاغوه من قواعد قانونية (2) ، فمخالفة قاعدة ، يعني ارتكاب خطيئة ، يخسر مرتكبها سعادته الأخروية .

ويستفاد من روح هذا المبدأ ، أن مجرد التعهد يلزم صاحبه بالوفاء بما تعهد به ، لأن الارادة هي وحدها التي تنشيء الالتزامات ، وليس الشكل المتمثل في الطقوس ، والرموز التي سار عليها القانون الروماني من قبل .

المبدأ الثاني : مبدأ التدرج بين رجال الدين

كانت الكنيسة ، في أول عهودها ، تدعو الى الفصل بين السلطان الديني ، والمدني ، وذلك طبقا للمبدأ المشهور ، الذى ورد في التعاليم المسيحية (إعط ما لله لله وما لقيصر لقيصر) .

لكن الكنيسة عمدت فيما بعد الى اخضاع سلطان الدولة لها ، ووضعت بعد ذلك قواعد قانونية ، منها مبدأ التدرج الذى يقضي بوجوب الطاعة والاحترام بين الأساقفة والقساوسة .

وقد ترتب على الأخذ بهذا المبدأ أن أى اخلال به من أحد الطرفين يجعل الطرف الآخر في حلّ من الطاعة والاحترام ، وبعبارة أخرى فان العلاقة التي كانت

---

(1) أنظر في هذا الصدد : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، ج 1 المرجع السابق ص 226 فقرة 257 . الدكتور محمد الشريف أحمد ، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين ، دراسة مقارنة ص 202 ومابعدها سنة 1980 . الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص 46 . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص 81 .

(2) أنظر: عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، ص 41 ، رسالة ماجستير في القانون الخاص قدمت لجامعة بغداد ، الطبعة الأولى سنة 1975 .

ترتبطه بالآخر ، تصبح بعد هذا الاخلال لا وجود لها وبالتالي فلا طاعة ولا احترام .

ولذلك فان من يتأمل في هذه الأفكار والمبادىء بعمق ، يجد القانون الكنسي والنظام الكنسي بصفة عامة قويا ، ومصرا فضلا عن الشريعة المسيحية . (1)

المبدأ الثالث : عدم جواز تنفيذ العقود التي يكون غرضها غير مشروع

الى جانب حث الكنيسة على احترام الوعد ، والتدرج الذى يحكم رجال الدين ، توصلت الى ايجاد مبدإ آخر ، يقضي بأن كل عقد يهدف الى عمل غير مشروع (2) ، لا يجوز تنفيذه ، وتكون المطالبة بتنفيذه في حد ذاتها عملا غير مشروع ، ومن يحتج به على الطرف الآخر ، يكون قد ارتكب خطيئة ، ذلك أن العقد في ظل القانون الكنسي قد أصبح مجردا من الشكلية الرومانية ، وقام على العامل النفسي .

هذه هي القواعد والمبادىء التي كانت تحكم النظام الكنسي بصفة عامة ، وعلى الرغم من اقتصارها على الجانب الروحي المستمد من الشريعة المسيحية ، لم يكن هناك مانع من أن تنتهي الى ايجاد قانون منظم ، امتد نطاقه الى المعاملات ، مستعينة في ذلك ببعض القواعد الرومانية التي لا تتعارض في مضمونها مع المبادىء والأخلاق المسيحية ، ومن ثم كان للقانون الكنسي أثره العميق في القوانين الأروبية ، وبصفة خاصة في القرون الوسطى ، ولا زالت بعض نظمه ، يرجع اليها رجال القانون ، بحثا عن مصادر بعض النظريات القانونية ، ومنها نظرية الفسخ التي نحن بصددها ، وقد لعب القانون الكنسي دورا هاما في ابرازها الى العالم القانوني كنظرية عامة ، وهو ما يتضح لنا فيما يلي :

* * *

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي ، ص 79 طبعة سنة 1979 ، الدكتور محمد الشريف أحمد ، المرجع السابق ، ص 205 ومابعدها .

(2) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 المرجع السابق ، ص 426 وما بعدها ، عبد الجبار ناجي الملا صالح ، المرجع السابق ، ص 14 ومابعدها .

تربطه بالآخر ، تصبح بعد هذا الاخلال لا وجود لها وبالتالي فلا طاعة ولا احترام .

ولذلك فان من يتأمل في هذه الأفكار والمبادئ بعمق ، يجد القانون الكنسي والنظام الكنسي بصفة عامة قويا ، ومحررا فصلا عن الشريعة المسيحية . (1)

المبدأ الثالث : عدم جواز تنفيذ العقود التي يكون غرضها غير مشروع

الى جانب حث الكنيسة على احترام الوعد ، والتدرج الذى يحكم رجال الدين ، توصلت الى ايجاد مبدإ آخر ، يقضي بأن كل عقد يهدف الى عمل غير مشروع (2) ، لا يجوز تنفيذه ، وتكون المطالبة بتنفيذه في حد ذاتها عملا غير مشروع ، ومن يحتج به على الطرف الآخر ، يكون قد ارتكب خطيئة ، ذلك أن العقد في ظل القانون الكنسي قد أصبح مجردا من الشكلية الرومانية ، وقائم على العامل النفسي .

هذه هي القواعد والمبادئ التي كانت تحكم النظام الكنسي بصفة عامة ، وعلى الرغم من اقتصارها على الجانب الروحي المستمد من الشريعة المسيحية ، لم يكن هناك مانع من أن تنتهي الى ايجاد قانون منظم ، امتد نطاقه الى المعاملات ، مستعينة في ذلك ببعض القواعد الرومانية التي لا تتعارض في مضمونها مع المبادئ والأخلاق المسيحية ، ومن ثم كان للقانون الكنسي أثره العميق في القوانين الأوربية ، وبصفة خاصة في القرون الوسطى ، ولا زالت بعض نظمه ، يرجع اليها رجال القانون ، بحثا عن مصادر بعض النظريات القانونية ، ومنها نظرية الفسخ التي نحن بصددها ، وقد لعب القانون الكنسي دورا هاما في ابرازها الى العالم القانوني كنظرية عامة ، وهو ما يتضح لنا فيما يلي :

* * *

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي ، ص 79 طبعة سنة 1976 ، الدكتور محمد الشريف أحمد ، المرجع السابق ، ص 205 ومابعدها .

(2) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 المرجع السابق ص 426 وما بعدها ، عبد الجبار ناجي الملا صالح ، المرجع السابق ، ص 14 ومابعدها .

المطلب الثاني
نشأة نظرية الفسخ في القانون الكنسي

يعود تاريخ ظهور نظرية الفسخ الى أواخر القرن الثاني عشر اذ نادى فقهاء الكنيسة بقاعدة شهيرة بأن ، جزاء الاخلال بالتزام اخلال مثله [1] وهي قاعدة مستمدة من القانون الكنسي الذى كان يتضمن نصوصا قانونية تعالج كلا من الرابطة الزوجية ، وعلاقة التدرج التي تحكم رجال الدين المسيحي ، وعلاقة الاقطاعي بتابعه .

من هذه النصوص بصفة خاصة ، ومن المبادىء التي يقوم عليها النظام الكنسي السابق ذكرها بصفة عامة ، استمد الفقه الكنسي بعض المبادىء لبناء نظرية الفسخ ، ومنها :

— لا يراعى عهد من لم يراع دينه

وقد استخلص الفقه هذا المبدأ من النص الذى تضمنه القانون الكنسي الذى كان ينظم رابطة الزوجية ، وقد رأى الفقه أن الزواج المسيحي يقوم على توافق الارادتين ، وينشيء واجبات على الطرفين ، فاذا خالفها أحدهما كان ذلك كافيا لمحو آثار توافق الارادتين ، مثال ذلك أن يكفر أحد الزوجين ، فيكون ذلك سببا لحل الرابطة الزوجية حتى لا يحمل زوجه على التخلي عن دينه ، فكان ذلك تطبيقا للقاعدة الشهيرة التي تقضي بأن جزاء الاخلال بالتزام اخلال مثله .

— الأمانة الزوجية المتبادلة

مقتضى ذلك أن الزواج يرتب على الزوجين واجبات تبادلية ، أى الأمانة وعدم الخيانة الزوجية ، وعلى الزوج الذى يخون ألا يشكو من خيانة الطرف الآخر له ، لأن رابطة الزوجية ، تعتبر في مثل هذه الأحوال منحلة . [2]

وقد رأى الفقه أن في ذلك تطبيقا لقاعدة ، جزاء الاخلال بالتزام اخلال مثله [3] .

---

(2) الدكتور ابراهيم أبو النجا ، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير ، المرجع السابق (غير مطبوعة) .

(3) أنظر : عبد الجبار ناجي الملا صالح ، المرجع السابق ص 14 ومابعدها . الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني ، ط 2 سنة 1954 ص 352 . والدكتور ابراهيم أبو النجا ، نظرية الفسخ ، المرجع السابق ، (دروس غير مطبوعة) .

— العلاقة التبادلية بين رجال الدين

سبق أن قلنا أن النظام الكنسي يقوم على عدة مبادئ منها مبدأ التدرج ، ومقتضى ذلك أن على الأساقفة واجب احترام من هم دونهم من القساوسة ، وعلى هؤلاء واجب الطاعة ، وإذا لم يحترم القسيس الأسقف ، اعتبر هذا الأخير نفسه في حل من هذه العلاقة التي تربطه بغيره .

وقد رأى الفقه أيضا أن في ذلك تطبيقا للقاعدة الشهيرة ، بأن جزاء الاخلال بالتزام اخلال مثله .

— علاقة الاقطاعي بالتابع

عرف عهد الكنيسة ما يسمى بعقد الاقطاع الذى تتولد عنه التزامات متبادلة بين السيد الاقطاعي والتابع ، بحيث يستطيع هذا الأخير ، أن يتحلل من التزاماته اذا أخل السيد بالتزاماته الناشئة عن العقد ، وذلك تطبيقا لقاعدة ، جزاء الاخلال بالتزام اخلال مثله .

تلك هي القواعد التي بنى عليها الفقه الكنسي في بداية الأمر نظريته في الفسخ ، فهي قواعد ومبادئ مستخلصة من القانون الكنسي نفسه .

ويلاحظ أن نظرية الفسخ على هذا النحو ليست قائمة على عدم التنفيذ التعاقدى مثل ما يقضي به القانون الحديث ، بل تطبق على جميع العلاقات التبادلية ، حتى لو كانت العلاقة ناتجة من واجب خلقي أو واجب صادر من سلطة عليا .

وقد ترتب على ذلك أن نظرية الفسخ التي نادى بها الفقه الكنسي قد طبقت في مجالات واسعة ، لا فرق في ذلك بين عدم احترام واجب خلقي أو قانون ... أو اتفاقي ، فالجزاء واحد وهو عدم احترام الطرف المضرور التزامات الطرف المخطئ ، فالشرط الوحيد الذى كان يشترط لتطبيق نظرية الفسخ آنذاك ، هو وجود علاقة بين الطرفين بصرف النظر عن مصدرها ونوعها .

وفوق ذلك فان الفسخ على هذا النحو يكون بقوة القانون ولا حاجة فيه الى صدور حكم قضائي ، وإذا كان هناك تدخل من القضاء فذلك لتنفيذ آثاره فقط ، خلافا لما في القانون الحديث الذى يشترط تدخل القضاء لايقاعه ما لم يتفق على غير ذلك . (1)

(1) أنظر في ذلك حكم المادتين 119 ، 120 مدني جزائرى و 157 ، 158 مدني مصرى .

هذه هي نظرية الفسخ التي قال بها الفقه الكنسي لأول مرة في القرن الثاني عشر ، الا أنها عرفت تطورا آخر في مرحلة تالية أدى الى تقييدها ، وازالة بعض العيوب التي لحقت بها ، وكان ذلك على النحو التالي :

* * *

المطلب الثالث

تطور نظرية الفسـخ في القانون الكنسي

رأينا من قبل أن القانون الروماني قد قام على الصياغة الفنية ، في حين أن القانون الكنسي ، قد قام على الاعتبارات الأدبية المسيحية أكثر من الصياغة الفنية ، ولذلك فان بروز السبب الى جانب الارادة في تكوين العقد ، جعل رجال الكنيسة يؤيدون نظرية الفسخ التي ظهرت على يد الفقه فاعتنقها (ايلوسان الثالث عشر) وخلع عليها قـوة القانـون .

الا أن نظرية الفسخ في صورتها الأولى كانت ذات طابع جزائي ونظاما غـير تعاقدى ، اذ شملت مجالات واسعة غير محددة ، الأمر الذى كان يؤدى الى اطلاق حق كل شخص في أن ينتصف لنفسه بنفسه .

ونظرا لهذه الاعتبارات ، كان لا بد من تقييد هذه النظرية ، وجعل استعمالها ، قاصرا على العقود الملزمة للجانبين ، وقد تمّ ذلك فعلا ولأول مرة على يد (ايلوسان الثالث عشر) اذ لم يعد يجوز تطبيق قاعدة جزاء الاخلال بالتزام اخلال مثله الا في مجال الالتزامات الارادية ، وبذلك أصبحت ارادة المتعاقدين هي التي يعول عليها في فسخ العقود ، وذلك عن طريق افتراض وجود شرط فاسخ ضمني ، أى أن العقد يتضمن شرطا فاسخا ضمنيا يترتب على عدم مراعاته فسخ العقد .

وبهذه الوسيلة التي استحدثها ايلوسان الثالث عشر[1] ، أخذ الفسخ طابعا تعاقديا ظاهرا عكس ما كان عليه الوضع وفقا لقاعدة جزاء الاخلال بالتزام اخلال مثله التي طبقت تطبيقا واسعا .

---

(1) ظهر هذا القيد في الفتاوى التي كان يصدرها البابا ايلوسان الثالث عشر في القرن الثالث عشر .

وقد لقي هذا التجديد التأييد المطلق من رجال الكنيسة ، فاعتنقوه وصاغوا قاعدة هوجوسيو المشهورة التي تقضي بأن جزاء الاخلال بالتزام اخلال مثله .

غير أن هذا التجديد بقي محتفظا بالطابع التعاقدي للفسخ ، وبالتالي بالطابع الجزائي ، وبعبارة أخرى فان تطبيق الفسخ لم يكن الا على الحالات التي يكون فيها عدم التنفيذ راجعا الى خطأ المدين (عدم التنفيذ الاختياري) أما عدم التنفيذ الذي يكون سببه راجعا الى قوة خارجة عن ارادة المدين فلا يجيز فسخ العقد (1).

الى جانب هذا القيد ، المتمثل في قصر تطبيق نظرية الفسخ على العقود دون الالتزامات الأخرى ، اشترط الكنسيون في القرن الثالث عشر ، أن تكون هذه الالتزامات التعاقدية مترابطة ، ومقتضى ذلك ، أن تكون هناك علاقة تقابل بين الالتزام الذي لم ينفذه المدين والالتزام الذي يريد الدائن التحلل منه عن طريق فسخ العقد (2) ، وهذا هو الارتباط الذي يقوم بين التزامات الدائن والمدين ليس فقط عند نشوء العقد ، بل الى أن يتم تنفيذه ، وهو ما لم يتوصل اليه الرومان من قبل .

أما اذا كانت الالتزامات قد نشأت منذ البداية مستقلة عن بعضها البعض ، فقد قرر الكنسيون (في القرن الثالث عشر) عدم تطبيق نظرية الفسخ عليها ، ويرجع الفضل في ابراز هذه القاعدة ، وهي قيد في نفس الوقت ، الى (القديس أجستين) اذ قرر أن الزوجين يظلان ملتزمين بالبقاء على عدم الخيانة الزوجية ، ولو أن أحدهما ارتكب جريمة الزنى ، والسبب في ذلك ، أن مثل هذه الأحوال لا يوجد فيها عقد ولا التزامات متقابلة ، لأن العفة ، والطهر الذي تعاهد عليه كل من الزوجين في عقد الزواج ، كان في مواجهة الله ، وبالتالي فان العهد الذي قطعاه على نفسهما لا ينشئ التزامات متقابلة ، وليس فيه دائن ومدين ، وانما مدينان أمام الله .

ويترتب على ذلك عدم تطبيق الفسخ في جميع الحالات التي يكون فيها التعهد من جانب واحد (تعهد الزوج نحو ربه) لأنه لا يوجد ترابط بين التزامات الطرفين .

نخلص من ذلك الى القول بأن نظرية الفسخ قد عرفت تطورا كبيرا تاليا لنشأتها في القرون الوسطى وذلك بعد أن قيدت بالقيود التالية :

---

(1) يكون الحكم في مثل ذلك في القانون الحديث هو انفساخ العقد ، راجع المادة 121 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 159 من القانون المدني المصري .

(2) أنظر : الدكتور ابراهيم أبو النجا ، نظرية فسخ العقد ، المرجع السابق (دروس غير مطبوعة) .

أولا : يجب لتطبيق نظرية الفسخ أن يكون الالتزام الذى لم ينفذ التزاما تعاقديا ، أما الالتزامات التي مصدرها واجبات خلقية فلم يعد يطبق عليها نظام الفسخ .

ثانيا : يجب أن تكون الالتزامات متقابلة بين ما لم ينفذ وما يراد التحلل منه .

ثالثا : يجب أن يكون الالتزام الذى يريد الدائن أن يتحلل منه ، قد نشأ من أجل الحصول على أداء آخر لم ينفذ .

هكذا توصل الكنسيون الى ازالة العيوب التي كانت تلحق نظرية الفسخ في صورتها الأولى ، وأصبحت بعد ذلك نظرية عامة ، تطبق على جميع العقود الملزمة للجانبين دون استثناء ، ومن ثم أصبح لهذه النظرية قواعد ومعالم تحكمها وتستقل بها عن بقية الأنظمة القانونية الأخرى .

* * *

المطلب الرابع

مدى تطبيق المحاكم الكنسية لنظرية الفسخ

عرفت المحاكم الكنسية في القرون الوسطى اختصاصات واسعة ، اذ أنها لم تكن تختص بالنظر في المنازعات التي تنشأ عن العقود الكنسية فقط ، بل كانت تختص أيضا بالنظر في جميع المنازعات الناشئة عن العقود التي لم يكن لها طابع كنسي [1]، وهي تلك العقود التي بقيت خاضعة في نشوئها الى القانون الروماني .

غير أن العقود الكنسية هي التي كانت مجالا خصبا لتطبيق نظرية الفسخ عليها ، أما العقود الأخرى فيرجع في شأنها الى القانون الروماني الذى يعتبره الكنسيون تشريعا احتياطيا ، يلجأون اليه حين لا يجدون الحل في نصوص القانون الكنسي ، والشرط الوحيد لتطبيق القانون الروماني أمام محاكم الكنيسة هو ألا يتعارض في أحكامه مع التعاليم المسيحية .

ولما كانت نظرية الفسخ التي قال بها الفقه الكنسي لأول مرة طبقا لقاعدة ، جزاء الاخلال بالتزام اخلال مثله ، ليست من صميم تعاليم المسيحية ، وكان تطبيقها على العقود غير الكنسية يقتضي تعديل القانون الروماني ، وفي ذلك صعوبة وعمل شاق ،

---

(1) أنظر : الدكتور ابراهيم أبو النجا ، نظرية الفسخ ، المرجع السابق ، د ون غير مطبوعة .

لذلك لم يجد الكنسيون مانعا من أن يبقوا على الحلول التي سار عليها القانون الروماني بالنسبة الى العقود ذات الطابع الروماني ، ولم يغيروا بشأنها شيئا .

غير أن العقود غير الكنسية قد أصبحت تخضع لمبدأ عام في الفسخ لم يعرفه القانون الروماني من قبل ، وبذلك استطاع الكنسيون التوفيق بين الحلول القديمة التي سار عليها القانون الروماني ، والنظرية الجديدة ، وأصبحت المحاكم الكنسية تختص بالنظر في كل المنازعات التي تثار بشأن العقود ، سواء كانت عقودا كنسية أو غير كنسية ، خاصة اذا علمنا أن القانون كان يجيز الفسخ لعدم التنفيذ في بعض الحالات المحددة ، رغم أنه لا يعرف مبدأ عاما لذلك .

غير أن عقد البيع لم تطبق عليه النظرية الكنسية الجديدة في الفسخ ، وبقي خاضعا للقاعدة الرومانية التي تقضي بعدم جواز فسخه ما لم يكن هناك شرط فاسخ صريح (lex Commissoria) وهي قاعدة تتعارض تماما مع النظرية الكنسية الجديدة ، فكان ذلك يمثل استثناء صارخا بالنسبة الى نظرية الفسخ الكنسية .

والرأى عندى أن هذا الموقف الغريب يعود الى أمرين ، أولهما أن البيع لأجل لم يكن له في القرون الوسطى ذات الأهمية التي له في العصر الحاضر . اذ كان البيع آنذاك يتم نقدا ، فيدفع المشترى الثمن حال انعقاد العقد ، وبالتالي فلا حاجة للفسخ ، وثانيهما أن البائع كان يظل مالكا للمبيع حتى بعد التسليم ما لم يدفع الثمن من المشترى أو يقدم كضمان شيئا معادلا له .

ولذلك فلم يكن عدم دفع الثمن في عقد البيع يؤدى الى الفسخ ، لأن بقاء الحق العيني أو حق الملكية للبائع كاف لحمايته عند عدم تنفيذ المشترى لالتزامه .

وننتهي الى القول بصدد كل ما سبق بيانه بشأن الفسخ الكنسي ، بأن الفضل يرجع الى رجال الكنيسة بصفة عامة في ابراز نظرية الفسخ الى الوجود ، اذ أصبحت معالمها واضحة ، وتنطبق على كافة العقود الملزمة للجانبين ، بعد ما كانت في القانون الروماني عبارة عن حلول وطرق غير مباشرة رغم أنها تؤدى الى نفس النتائج التي تؤدى اليها نظرية الفسخ الجديدة . وعلى الرغم من أن النظرية الكنسية قد أصبحت مبدأ عاما يطبق على كافة العقود دون تمييز ، وذات طابع تعاقدى ، وتطبق كجزاء لعدم التنفيذ ، ويجوز تطبيق الفسخ بالاتفاق ، فانه لازالت هناك بعض الفروق بين

النظرية الكنسية في الفسخ وما يجرى به العمل في هذا الصدد في القانون الحديث، هذه الفروق هي :

أولا : في القانون الكنسي لم يكن الفسخ جائزا الا اذا كان عدم التنفيذ اختياريا ، في حين أن القانون الحديث يجيز ذلك سواء كان عدم التنفيذ اختياريا أو قهريا (أى ليس للمدين دخل فيه)(1) .

ثانيا : في القانون الكنسي يقع الفسخ بقوة القانون ، لأنه يقوم على أساس شرط فاسخ ضمني ، ولا حاجة الى تدخل القضاء لايقاعه كقاعدة عامة ، في حين أن القانون الحديث يتطلب تدخل القضاء لايقاع الفسخ مالم يكن هناك اتفاق على غير ذلك(2) .

ثالثا : في القانون الكنسي لم تكن هناك نصوص قانونية مكتوبة على النحو الذى يجرى به العمل في الوقت الحاضر ، ولذلك فان نظام الفسخ آنذاك كان يغلب عليه الطابع الفقهي ، والفتاوى التي يصدرها رجال الكنيسة .

بينما الفسخ حاليا تتضمنه قوانين مقننة ، وليس لرجال الدين الحق في التغيير فيها .

رابعا : في القانون الكنسي لم يكن الفسخ يشمل كل العقود الملزمة للجانبين ، كما رأينا من قبل بالنسبة الى عقد البيع .

بينما في القانون الحديث لا فرق بين العقود الملزمة للطرفين متى توافرت شروط الفسخ ، كما سوف نرى في موضع لاحق .

ولذلك فان نظرية الفسخ التي أخذ بها الفقه الكنسي ، لم تبق كما كانت عليه حين ذاك ، بل لحقت بها بعض التغيرات في بعض المسائل القانونية المتعلقة بنظرية الفسخ نفسها وذلك وفقا للتطور الفكرى الذى يعرفه القانون الحديث وهو ما يتضح لنا فيما بعد في مواضيع لاحقة .

واذا كان للفقه الكنسي كما قلنا فضل في خلق نظرية عامة للفسخ ، فما هو دور القانون الفرنسي في ذلك ، هذا ما نستعرضه فورا .

---

(1) يسمى في القانون الحديث حل الرابطة التعاقدية في مثل هذه الحالات انفساخا للعقد .
(2) راجع حكم المادة 119 ، 120 من القانون المدني الجزائري حيث نجد تدخل القضاء كقاعدة عامة مطلوبا ، واستثناء ، جواز الاتفاق على استبعاد تدخله .

المبحث الثالث

الفسخ في القانون الفرنسي

المطلب الأول

في القانون الفرنسي القديم

عرفنا من خلال دراستنا للفسخ في القانون الروماني القديم أنه لم يكن هناك مبدأ عام يطبق على جميع العقود لأنها كانت شكلية في بدايتها ، وبعد تخلصها من الشكلية في بعض العقود ، لم يكن القانون الروماني يعرف الترابط الذى يربط بين التزامات الطرفين ، فبقيت الحلول جزئية .

وعرفنا أيضا أن القانون الكنسي قد اتخذ موقفا مخالفا للقانون الروماني ، فوضع مبدأ عاما للفسخ ، بحيث صار الفسخ يطبق على كافة العقود الملزمة للجانبين ، وكان أساس هذا المبدأ الشرط الفاسخ الضمني ، بدلا من الشرط الفاسخ الصريح الذى عرفه الرومان (1) .

وقد انتقل نظام الفسخ على هذا النحو الذى عرفه القانون الكنسي الى القانون الفرنسي القديم وأصبح من حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين ، متى قام بتنفيذ التزامه ولم يوف الطرف الآخر بما عليه من التزامات ، أن يطالب بفسخ العقد للتحلل مما على عاتقه من التزامات تعاقدية .

ولكن رجال الفقه ، في ظل القانون الفرنسي القديم ، قد تأثروا بالقانون الروماني تأثرا كبيرا ، مما أدى بهم الى تأسيس الفسخ على الشرط الفاسخ الصريح ، وبالتالي لم يجيزوا فسخ العقود التي لا تتضمن شرطا يقضي بذلك .

وقد استمر العمل على هذا النحو ، وشاع هذا الشرط في كل العقود ، مما أدى الى اجازة فسخ العقود حتى لو لم يكن منصوصا عليه فيها ، وبذلك أصبح الشرط الفاسخ الصريح مفترضا عند عدم التنفيذ ، حتى لو لم يصرح به المتعاقدان ، تأسيسا على أن ارادة المتعاقدين ، وان لم تكن صريحة في النص عليه في العقد ، اتجهت اليه ضمنا (2) .

---

(1) أنظر: الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 3 ؟ 3 . الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص 339 .

(2) أنظر الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 400 . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص 343 .

المطلب الثاني

في القانون الفرنسي الجديد

انتقل نظام الفسخ الى القانون الفرنسي الجديد ، فتضمنته مدونة نابليون ، دون أى تعديل أو تغيير عما كان عليه الأمر في ظل القانون الفرنسي القديم ، وغاية ما في الأمر أنه أصبح منصوصا عليه في نصوص قانونية متفرقة هنا وهناك ، وهذا يؤدى بنا الى القول بأن القانون الفرنسي لا يعرف نظرية عامة للفسخ ، ذلك أن المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي ، التي تقضي بجواز طلب فسخ العقد ، غيركافية بمفردها لقيام نظرية عامة لفسخ العقد ، غير أن القانون الفرنسي قد جعل طلب الفسخ من القضاء أمرا ضروريا ، وهو ما لم يعرف من قبل .

ورغم أن هذا القانون لا يعرف الفسخ كنظرية عامة ، فان القوانين الحديثة التى أخذت عنه ، ومنها القانون المدني الجزائرى ، ولكنها قد وضعت للفسخ قواعد وأحكاما تكون في مجموعها نظرية عامة للفسخ ، ولم تكتف بالنص على التطبيقات المتفرقة لنظام الفسخ كما هي الحال بالنسبة الى القانون الفرنسي .

ولقد استمر العمل في الجزائر على النحو الذى يجرى به العمل في فرنسا بعد الاستقلال ، الى أن صدر القانون المدني الجزائرى في 1975/9/26 ، ومنذ هذا التاريخ أصبح للفسخ نظرية عامة في القانون المدني الجزائرى.

ومما تقدم يمكننا القول بأنه اذا كان لكل نظرية من النظريات القانونية مراحل تاريخية تطورت خلالها ، فان نظرية الفسخ بدورها قد عرفت هي الأخرى هذه المراحل التطور عبر التطور القانوني اذ كما سبق بيانه ، بدأت بوادرها الأولى بوجود العقود الرضائية في القانون الروماني واستكملت أركانها في العهد الكنسي ، وبرزت الى مجال التشريع في القوانين الحديثة .

غير أن هذا القول لا يعني بأى حال من الأحوال أنها قد أصبحت ثابتة غيرقابلة للتطور ، لأن أية نظرية بهذا المفهوم الضيق يرفضها المنطق القانوني الذى يتطلب التجديد والتغيير للأنظمة القانونية حتى تستطيع مسايرة ظروف المجتمعات المتطورة ومعاملات الأفراد المتجددة .

وبقي علينا ، استكمالا لجوانب موضوعنا الواسعة في هذا المجال ، أن نعرف موقف الشريعة الاسلامية من نظرية الفسخ ، وذلك فيما يلي :

المبحث الرابع
الفسخ في الشريعة الاسلامية

لا شك في أن من يدرس كتب الفقه الاسلامي يلاحظ عدم وجود النظريات العامة فيه بل يجد دراسات فقهية للقضايا الفردية المتنوعة ، فليست هناك نظريات تجمع تلك القضايا الفردية .

الا أن ذلك لا يعني أن الفقه الاسلامي لم يعرف فسخ العقود ، بل قد عرفه في عدة صور مختلفة في أسباب فسخها ، وقبل دراستنا له ينبغي معرفة مفهوم العقد ، وتقسيماته ، ومدى أثر الخيارات عليه ، ثم البحث عن فسخ العقد أو عدم فسخه في غير العقود التي تلحق بها تلك الخيارات ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول
مفهوم العقد في الفقه الاسلامي وتقسيماته

مفهوم العقد :

تعني كلمة عقد في لغة العرب ، الربط ، اذ يقال عقد الحبل أي جمع طرفيه ، وربط أحدهما بالآخر ، فالعقد ، على هذا النحو ، هو كل أمر فيه التوثيق والالتزام من جانبين أو من جانب واحد .

أما كلمة العقد اصطلاحا عند فقهاء الاسلام ، فهي تعني معنيين ، معنى خاصا ، وهو الالتزام من جانب الطرفين كالبيع مثلا ، أما ما يصدر من جانب واحد فقد اعتبره البعض عقدا ، ونفى عنه ذلك البعض الآخر[1] ، والى جانب المعنى الخاص يوجد معنى عام ، وهو كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي ، سواء صدر عن شخص واحد ، مثل اليمين ، والوقف ، أو صدر عن شخصين كعقود البيع والايجار .

ويتفق المعنى الأول أكثر من غيره مع الفقه والقانون الوضعيين وهو المفهوم الشائع بين جميع رجال القانون في وقتنا الحاضر ، ولذلك فاننا نقصد بالعقد هنا المفهوم الأول لا الثاني ، لاتفاقه مع المفهوم الحديث للعقد .

---

(1) أنظر : عيسوي أحمد عيسوي ، الفقه الاسلامي المدخل ونظرية العقد ، الطبعة الثالثة سنة 1961 ص 384 ومابعدها .

حكـم العـقـد :

ان لفظ الحكم ، عند فقهاء الفقه الاسلامي ، له معان مختلفة ، يمكن حصرها فيما يلي :

يقصد به الصفة الشرعية للشيء ، أي هل الحكم مطلوب فعله أو تركه ، ويسمى الحكم في مثل هذه الحالات حكما تكليفيا .

ويقصد به أيضا ، ما يكون للعقد من قوة ملزمة أو غير ملزمة بالنسبة الى عاقديه ، ويسمى حكما وضعيا نسبة الى وضع الشارع ، فحكم زواج المجنون البطلان ، وحكم عقد الوكالة أنه غير لازم يستطيع طرفاه فسخه ، وحكم عقد الايجار أنه لازم .

ويقصد به أخيرا الآثار الأصلية المترتبة على العقد شرعا ، فعقد البيع مثلا يرتب تملك المشتري المبيع ، ويفيد ملك البائع للثمن .

تقسيم العقـود :

قسم الفقه الاسلامي العقد تقسيمات متعددة [1] ، ومنها تقسيمه الى عقد لازم وعقد غير لازم .

فالعقد اللازم ، هو العقد النافذ الذي لا يقبل الفسخ ، كقاعدة عامة ، ولو اتفق المتعاقدان على ذلك ، لأن طبيعته تقتضي لزومه (تنفيذه) ، مثال ذلك عقد الخلع ، وعقد النكاح [2] ، ويرد على هذه القاعدة استثناء ، اذ يجوز فسخ العقد اللازم ، كما سوف نرى في عقد البيع والايجار .

أما العقد غير اللازم فهو العقد الذي يستطيع كل من طرفيه أو أحدهما أن يتحلل من التزاماته عن طريق فسخه .

وقد يكون فسخ العقد راجعا الى طبيعته ، كما هي الحال بالنسبة الى عقدي الوكالة ، والعارية ، وغيرهما ، وقد يكون راجعا الى وجود خيار من الخيارات التي عرفها الفقه الاسلامي [3] ، وهي عديدة نستعرض منها ما يلي :

---

(1) أنظر تفصيلا لذلك : عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ص 501 ومابعدها ، أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، سنة 1977 ، ص 422 ومابعدها .

(2) أنظر: أبو زهرة ، المرجع السابق ص 422 ، وعيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ، ص 501 .

(3) أنظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج 4 طبعة 1967 ص 193 .

المطلب الثاني
الخيارات ومدى فسخ العقد لقيامها

مفهوم الخيارات وحكمة مشروعيتها :

الخيارات لغة هي جمع لمفرد خيار ، وهو مشتق من كلمة الاختيار ، فهو يعني لغة ، خير الأمرين ، أما معناه اصطلاحا فهو حق المتعاقد في امضاء العقد أو نسخه (1) .

وقد شرعت الخيارات خلافا للأصل ، لأن أصل العقود في الفقه الاسلامي هو اللزوم ، وليس الخيار في تنفيذها ، وذلك حتى تستقر المعاملات بين الناس ، اذ يقول تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)(2) . في حين أن الخيارات تعطي لصاحبها فرصة التروي للتأكد من سلامة رضاء المتعاقد ، وهو أهم ركن في العقد طبقا للشريعة الاسلامية ، لذلك أجازها فقهاء الفقه الاسلامي استحسانا .

ونجد ر ملاحظة أن حكم الخيارات على هذا النحو يختلف عن حكم القانون الوضعي ، الذي يكون فيه العقد ، اذا ما عيب ركن الرضاء قابلا للابطال(3) ، لا للفسخ كما تقضي به الخيارات في الفقه الاسلامي ، كما سوف نرى في موضع لاحق .

أنواع الخيارات في الفقه الاسلامي :

ان الدارس لكتب الفقه الاسلامي يجد فيه خيارات عديدة ، منها ما هو خاص ببعض العقود ، ومنها ما هو عام ينطبق على جميع العقود التي تقبل قيام الخيار فيها ، ولذلك تقتصر دراستنا في هذا المجال على أهمها فيما يلي :

النوع الأول : خيار الشرط

مفهومه :

هو الخيار الذي يشترطه أحد المتعاقدين أو كلاهما ، وبموجبه يكون له الحق في

(1) أنظر : عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ص 545 ومابعدها .
(2) سورة المائدة ، الآية رقم 1 .
(3) قارن فسخ العقد للخيارات في الفقه الاسلامي بحكم المواد 81 ، 86 ، 88 ، 90 ، من القانون المدني الجزائري التي تؤدى جميعا الى الابطال لا الى الفسخ .

فسخ العقد خلال مدة معينة (1)، والا نفذ العقد ، فهو اذن حق لنقض العقد من المتعاقدين ، وقد يكون الخيار لغيرهما (2) ، اذا كان مشروطا فيه (3) .

وقد جاء خيار الشرط مخالفا لمقتضى العقد ، فهو حسب الأصل والقياس شرط فاسد ، الا أن الفقه الاسلامي أجازه استحسانا لسببين هما :

السبب الأول : ورود حديث شريف بشأنه اذ يقول (اذا تبايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام) (4) .

فهذا الحديث على هذا النحو صريح في اجازة خيار الشرط ، والحكمة منه هي تمكين المتعاقد من الاستشارة ، والتروي فيما يقبل عليه ، فان كانت له مصلحة بعد ذلك أجاز العقد ، والا فله حق فسخه .

والسبب الثاني : ان الحاجة تدعو اليه في بعض المعاملات ، اذ يخشى المتعاقد أن يقع ضحية خداع أو تغرير به ، ولكي يحمي نفسه من ذلك ، يشترط لنفسه الخيار ، فيكون له حق فسخ العقد ليدرأ عن نفسه ما يخشاه من المتعاقد الآخر .

فهذان السببان هما اللذان جعلا الفقه الاسلامي يجيز خيار الشرط بالاجماع ، فيكون العقد الذي لحق به خيار الشرط ، عقدا غير لازم لمن كان له هذا الخيار .

مـدتــه :

المقصود من مدة الخيار ، الفترة الزمنية التي يبقى فيها خيار الشرط قائما ، ولا يوجد خلاف في الرأي بالنسبة الى تحديدها ، وجعلها معلومة غير مجهولة ، لأن الجهالة ، تؤدي الى النزاع ، وهو أمر غير مرغوب فيه في الشريعة الاسلامية .

غير أن الخلاف قد أثير حول تفسير نص الحديث ، ففسره البعض تفسيرا ضيقا ، وفسره آخرون تفسيرا موسعا .

---

(1) أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص 199 .
(2) أنظر : عيسوي أحمد عيسوي ، المرجع السابق ، ص 549 .
(3) أنظر : أبو زهرة ، المرجع السابق ص 431 .
(4) أنظر : شفيق أيوب ، خيار الشرط في الفقه الاسلامي ، طبعة 1960 ص 9 ، وعيسوي أحمد عيسوي ، المرجع السابق ، ص 550 . وأبو زهرة ، المرجع السابق ص 431 . وعبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ص 199 .

فطبقا للتفسير الأول ، وهو التفسير الظاهر للنص ، يجب ألا تتعدى مدته (أى مدة خيار الشرط) ثلاثة أيام كما هو مذكور فيه . (1)

أما وفقا للتفسير الثاني ، وهو الذى تجاوز ظاهر النص ، فيجوز أن تكون مدة خيار الشرط أكثر من ثلاثة أيام ، ما دامت معلومة .

وأكثر من ذلك ، فقد أباح أنصار هذا الرأى الأخير ، أن يترك تقدير المدة الى المتعاقدين وحاجة المبيعات المتفاوتة .

ولقد اعتمد أنصار الرأى الأول في تقييدهم لمدة الخيار ، على ما هو وارد في الحديث (ثلاثة أيام) ومن ثم لا تجوز مخالفته . (2)

أما حجة أنصار الرأى الثاني ، وهو الذى لم يقيد خيار الشرط بظاهر النص ، فهي ترجع الى الحكمة منه ، والهدف الذى يرمي اليه ، وهو التروى في الأمور ، لمنع التغرير ، ورفع الغبن ، وتحقيق الأمن من الانخداع ، ثم أن خيار الشرط قد شرع لمعنى معقول في البيوع ، وليس تعبدا ، وكل امرىء أدرى بما له .

والواقع هو أن النصوص لا تفسر دائما بظاهرها ، لأن ذلك يؤدى في بعض الأحيان الى التضييق في تطبيقها ، وقد تضيع الحكمة التي وجدت من أجلها ، ثم ان مدة ثلاثة أيام لم تعد كافية في الوقت الحاضر الذى أصبح فيه الانسان يشترى آلات تحتاج الى خبرة خاصة يستشير المرء غيره في شأنها .

واذا كنا نميل الى الرأى الذى يفسر الحديث تفسيرا موسعا ، فاننا نرى عدم المبالغة ، في اطالة مدة الخيار ، لأن ذلك قد يلحق بالطرف الآخر ضررا ، مما يتنافى ، مع حديث شريف آخر يقضي بأنه ، لا ضرر ولا ضرار .

<u>نطاقه</u> :

وفقا لظاهر نص الحديث ، ان خيار الشرط ، قد ورد على عقد البيع ، وبالتالي فان تطبيقه ، يكون قاصرا عليه دون غيره من العقود .

---

(1) أنظر تفصيلا لذلك : أبو زهرة ، المرجع السابق ص 483 . الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، المرجع السابق ص 202 وما بعدها . عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ص 550 . شفيق أيوب ، المرجع السابق ص 27 وما بعدها .

(2) قال بهذا الرأى ، أبو يوسف ومحمد الحسن ، والامام ابن حنبل ، ذكر ذلك الدكتور صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة ج 1 دار العلم للملايين ، بيروت ، الطبعة الثانية 1972 ، ص 468 .

لكن الفقه الاسلامي تجاوز ذلك ، وألحق بعقد البيع ، العقود التي هي في معناه [1] ، وكل العقود التي تحتمل الفسخ ، مثال ذلك عقد الاجارة ، والصلح ، والمزارعة والمساقاة [2] .

أما بقية العقود الأخرى ، فلا يجوز فيها قيام خيار الشرط وهي عديدة يمكن تقسيمها الى ثلاثة أنواع هي :

النوع الأول : العقود التي يشترط فيها القبض ، مثل عقود الصرف ، والسلم ، فهي ليست مجالا لتطبيق خيار الشرط ، لأن اشتراط القبض فيها يتنافى مع حكمة الخيار والهدف من وجوده .

النوع الثاني : العقود التي تقبل الفسخ بطبيعتها ، مثل عقود الوكالة ، والعارية ، والوديعة ، وبالتالي فلا فائدة من قيام خيار الشرط فيها ، ما دامت النتيجة واحدة وهي فسخ العقد .

النوع الثالث : العقود التي لا تقبل الفسخ بطبيعتها ، كما هي الحال بالنسبة الى عقد الزواج ، والصلح [3] ، ومن ثم فلا حاجة الى وجوده بها .

حكمـــه :

لا خلاف بين الفقهاء بالنسبة الى عدم لزوم العقد الذى لحق به خيار الشرط ، ويترتب على ذلك ، أن من كان الخيار لصالحه ، يجوز له امضاء العقد ، أو فسخه قبل انقضاء المدة ، أو سقوط الخيار [4] .

ونشير في هذا الصدد الى أن استعمال خيار الشرط ، ليس له ألفاظ محددة ، بل يستطيع من له الخيار أن يستعمله ، بأية كلمة ، أو عبارة دالة على المعنى المقصود ، فالشرط الوحيد ألا تكون هناك جهالة ، لأن الجهالة في الفقه الاسلامي غير مرغوب فيها لأنها تؤدى الى النزاع .

---

(1) أنظر : عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ، ص 551 .
(2) أنظر : أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 435 .
(3) أنظر تفصيلا لذلك : أبو زهرة ، المرجع السابق ص 435 ومابعدها . عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ص 551 ومابعدها .
(4) أنظر : شفيق أيوب ، المرجع السابق ص 79 ومابعدها . عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ، ص 552 .

وعليه ، فاذا ما اختار المتعاقد صاحب الخيار ، فسخ العقد ، اعتبر العقد كأن لم يكن ، دون حكم قضائي ، ودون حضور المتعاقد الآخر طبقا لرأي أغلبية الفقهاء .

غير أن هناك خلافا بين المذاهب الفقهية بالنسبة الى تراخي أحكام العقد الذى لحق به خيار الشرط .

فطبقا لأحكام المذهب المالكي ، والحنفي ، والحنبلي ، لا يرتب العقد آثارا مادام الخيار قائما ، فلا يخرج المبيع من ملكية البائع ، ولا يلزم المشترى بدفع الثمن .

وحجة هذه المذاهب في ذلك ، أن آثار العقد تترتب بعد تحقق الرضاء ، وهو لم يتحقق بعد ، مع قيام خيار الشرط[1] .

أما طبقا لأحكام مذهب الشافعي ، فان العقد صحيح ، ونافذ ، ويرتب آثاره ، أى يخرج المبيع من ملكية البائع ، ويجب أن يدفع المشترى الثمن ، وما قيام الخيار الا لعدم لزوم العقد فقط[2] .

<u>طرق انقضائــه</u> :

ينقضي خيار الشرط بعدة طرق مختلفة ، بعضها متفق عليه ، وبعضها الآخر مختلف فيه ، وتنحصر الحالات المتفق عليها فيما يلي :

- ينتهي خيار الشرط بانتهاء المدة المحددة له في العقد ، دون أن يعبر من له الخيار عن رغبته في امضاء العقد أو فسخه .
- ينتهي الخيار أيضا بهلاك محل العقد أو تعيبه ، في يد المتسلم له اذا كان الخيار له .
- وينتهي الخيار ، بزيادة محل العقد في يد المشترى اذا كان الخيار لصالحه والزيادة المقصودة هنا هي الزيادة المتصلة لا المنفصلة .
- وينتهي الخيار باستعماله من صاحب الشأن ، فيصبح العقد لازما في حقه بعد ما كان غير لازم .

---

(1) أنظر : عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ، ص 553 .

(2) أنظر : عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ، ص 554 .

هذه الحالات جميعا لا خلاف في شأنها في الفقه الاسلامي ، أما موت المتعاقد صاحب الخيار فقد اختلفت المذاهب في شأنه .

فقد ذهب الحنفية والحنابلة الى انتهاء خيار الشرط بمجرد موت صاحبه ، ومن ثم لا ينتقل هذا الحق الى الورثة لأنه متعلق بمشيئة المتعاقد وحده دون غيره (1) .

أما المالكية ، والشافعية ، فقد خالفوا هذا الرأى ، وقالوا ان موت المتعاقد صاحب الخيار ، ليس سببا لانتهائه لأنه حق يورث (2) .

ويمكننا القول بناء على ما تقدم بيانه ، بأن خيار الشرط وجد في الفقه الاسلامي أصلا لفسخ العقد ، غير أن النية فيه وحدها غير كافية ، بل لا بد من اشتراطه صراحة ، حتى يتمكن من كان له الخيار ، من أن يتحلل من العقد ان أراد ذلك .

ولكن خيار الشرط على هذا النحو السالف الذكر ، لا يمثل نظرية عامة للفسخ ، كما هي الحال في القوانين الحديثة ، اذ هو كما رأينا ، يطبق على عقود دون أخرى ، ولا يحتاج فيه المتعاقد الى صدور حكم قضائي ، مع العلم بأن الأصل في الفسخ وفقا للقانون الوضعي ، هو صدور حكم قضائي به ، وعدم صدور حكم بشأنه يعتبر استثناء من الأصل العام (3) .

ثم ان خيار الشرط في الفقه الاسلامي كما رأينا من قبل ، لا يقوم على أساس عدم التنفيذ من المتعاقد الآخر ، بل يقوم على أساس آخر ، وهو التأكد من سلامة رضاء المتعاقد الذى له حق الخيار .

في حين أن الفسخ في القانون الوضعي والقانون الحديث على وجه الخصوص مثل ما في القانون المدني الجزائرى ، لا يعترف بفسخ العقد ، ما لم يكن أحد المتعاقدين قد أحجم عن تنفيذ التزاماته كقاعدة عامة ، أما في حالة عدم سلامة رضاء أحد المتعاقدين ، كأن يلحق به عيب من عيوب الارادة ، فان الحكم هو قابلية العقد للابطال وليس قابلية العقد للفسخ .

---

(1) أنظر : الدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ، ص 468 .

(2) استند المالكية والشافعية في ذلك الى الحديث الشريف الذى يقول : (من ترك مالا أو حقا فلورثته) .

(3) قارن بين المادتين 119 و 120 من القانون المدني الجزائرى.

اذن فطبقا لهذا النوع الأول من الخيارات الواردة في الفقه الاسلامي ، لا توجد نظرية عامة للفسخ ، كما هي في القانون الحديث ، وانما يفسخ العقد للشرط ذاته .

النوع الثاني : خيار التعيين

مفهومه :

عرف الفقه الاسلامي نوعا آخر من الخيارات يسمى خيار التعيين ، ويقصد به ، أن يكون لأحد المتعاقدين (المشترى كقاعدة عامة والبائع استثناء) حق تعيين أحد الشيئين أو الثلاثة المذكورة في العقد ، فيختار واحدا منها بعد التجربة أو بعد التأمل والتروى (1) .

ويجب ألا ينصب حق المتعاقد في التعيين على أكثر من ثلاثة أشياء ، لأن الأشياء ، لا تخرج عن الجيد ، والمتوسط ، والردىء ، وباختياره لواحد منها ، يصبح العقد معلوما ، بعد أن كان مجهولا بعض الجهالة . (2)

ويشترط أيضا أن تكون الأشياء متفاوتة فيما بينها ، ومعينة ومحددة الثمن لكل منها ، والا كان البيع مجهولا جهالة فاحشة ، والشريعة الاسلامية تحرم التعامل في الأشياء التي تسودها الجهالة لأنها تؤدى الى النزاع وهو غير مرغوب فيه .

مدته :

لقد اختلفت الآراء الفقهية ، في بيان مدة خيار التعيين ، على غرار الخلاف الذى أثير ، بشأن مدة خيار الشرط .

فقد ذهب فريق من الفقه ، الى وجوب تحديد مدة خيار التعيين ، بحيث لا تتعدى ثلاثة أيام قياسا على خيار الشرط . (3)

وذهب فريق آخر الى جواز خيار التعيين ولو لم تحدد المدة بحد أعلى لها (4) .

---

(1) أنظر : عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ، ص 571 ، وأبو زهرة ، المرجع السابق ص 427 . والدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ص 215 .

(2) أنظر : عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ص 571 .

(3) قال بهذا الرأى أبو حنيفة ومن تبعه في ذلك .

(4) قال بهذا الرأى الصاحبان .

والواقع هو أن تعيين المدة في نظرنا هو الحل الأمثل والأعدل ، خاصــــة بالنسبة الى الطرف الآخر الذى ليس له الخيار ، اذ بتعيين المدة ، يستطيع أن يعرف مآل ملكه ، والنهاية التي ينتهي اليها صاحب الخيار ، بحيث اذا مضت المدة المقررة ، ولم يصدر عن ارادته صاحب الخيار ، أجبره الطرف الآخر على ذلك ، حتى يتضح مصير العقد الذى يحكم علاقتهما .

تطبيقه :

يعتبر خيار التعيين مخالفا للقياس ، وقد أجيز استحسانا ، ولذلك لا يجــوز التوسع في تطبيقه ، بل يجب أن يقتصر على عقود المعاوضات المالية التي تفيد تمليك الأعيان كالبيع ، والهبة بعوض ، لأن خيار التعيين كما قلنا ثابت على خلاف القياس ، وهو ما أدى الى عدم جوازه عند البعض ، اذ يرون أنه ينطوى على جهالة ، ومــن شروط صحة البيع أن يكون المبيع معلوما .

لكن الحاجة الماسة الى هذا النوع من العقود أدت الى التعامل بها ، وجرى عرف الناس على اقرارها ، اذ من المعروف أن العرف يعتبر حجة يخالف بها القياس ، وجهالة المبيع في هذه الحالة مغتفرة ، لأنها لا تفضي الى النزاع الذى تأبـــاه الشريعة الاسلامية .

ونحن نرى أن الأخذ بخيار التعيين ضرورى ، رغم مخالفته للقياس ، ذلــك أنه يحقق للناس فائدة كبيرة ، وخاصة في الوقت الحاضر ، وما يوجد فيه من أشياء يصعب البت في أمرها في وقت قصير ، بل قد يحتاج البت في شأنها الى تفكير ، وتــ رو ، أو الى خبرة شخص آخر غير المتعاقد .

حكمه :

أشرنا آنفا الى أن خيار التعيين يكون كقاعدة عامة دائما للمشترى ، ولكنه قــد يكون لصالح البائع استثناء .

---

(1) قال بهذا الرأى أحمد بن حنبل ، والشافعي ، وزفـر .

ولذلك فاذا كان الخيار للمشترى ثبت له الملك ، في أحد الأشياء ، منذ وجود العقد ، ولكن العقد لازم للبائع ، وغير لازم للمشترى ، فيستطيع هذا الأخير ، فسخ عقد البيع ولا يجوز للبائع ذلك . (1)

أما اذا كان الخيار للبائع ، فان الملكية تبقى له ، ويستطيع أن يلزم المشترى بأحد الأشياء ، بأثر رجعي ، دون كاملها ، أى لا يجوز له أن يلزم المشترى بكل الأشياء .

وللبائع فوق ذلك أن يفسخ عقد البيع ، لأنه غير لازم بالنسبة اليه وليس للمشترى ذلك . (2)

اذن فالعقد الذى يلحق به خيار التعيين ، يكون منعقدا ، ويثبت أثر الملك فيه للمشترى في واحد غير معين من ثلاثة أشياء ، أو اثنين ، ولكن العقد بالنسبة اليه غير لازم ، ومن ثم يستطيع فسخه لوجود خيار التعيين المشروط في ذات العقد .

طرق انقضائه :

ينقضي خيار التعيين بطرق مختلفة يمكننا حصرها فيما يلي :

- ينتهي خيار التعيين ، باختيار المتعاقد الذى له الخيار لأحد الأشياء المخير فيها ، سواء كان اختياره صراحة أو ضمنا ، كما لو تصرف في الشيء .
- ينتهي الخيار أيضا بهلاك بقية الأشياء ، بحيث لا يبقى منها الا شيء واحد فيكون متعينا ، وبالتالي فلا تكون هناك جدوى من القول به .
- وينتهي الخيار في التعيين أخيرا بظهور عيب في أحد الشيئين محل البيع ، بعد أن يتسلمه المشترى ، بحيث يمتنع عليه الرد فيثبت فيه البيع ضرورة .

هذا هو النوع الثاني الذى عرفه الفقه الاسلامي من مجموع الخيارات الأخرى ، وهو لا يختلف من حيث الملاحظات مما قلناه سابقا بصدد خيار الشرط ، ولذلك فلا داعي الى تكرارها في هذا المجال .

---

(1) هناك رأى لا يجيز له الا حق الاختيار فقط ، أما الفسخ فليس له الحق فيه .
(2) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، المرجع السابق ، ص 221 . عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ، ص 574 ومابعدها . أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 480 .

النوع الثالث : خيار الرؤية

مفهومه :

يقصد بخيار الرؤية ، أن يكون للمتعاقد حق فسخ العقد ، أو امضائه عند رؤية محله ، اذا لم يكن قد رآه عند ابرامه ، أو قبل ذلك بوقت لا يتغير فيه . (1)

ويعود سبب ثبوت هذا الخيار الى عدم رؤية المتعاقد محل العقد ، مما يجعل خيار الرؤية ثابتا شرعا ، لا اشتراطا ، كما هي الحال بالنسبة الى خياري الشرط والتعيين عند البعض .

وعليه ، فان العقود التي لم تسبق رؤية محلها ، غير لازمة الى أن يرى العاقد المعقود عليه (المحل) فيكون له الحق ، في الخيار بين امضائه للعقد أو فسخه ، وذلك طبقا للحديث الشريف الذى يقول : (من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه)(2).

ومما يؤيد خيار الرؤية أيضا قضية عثمان بن عفان ، الذى باع لطلحة بن عبيد الله ، أرضا بالبصرة ، ولم يرها واحد منهما ، وكان كل واحد اذا سؤل ، يقول لي الخيار ، وقد قضي في ذلك أمام الصحابة ، ولم ينكروا ذلك ، فكان ذلك اجماعا منهم على خيار الرؤية . (3)

ومما لا ريب فيه أن الحكمة من خيار الرؤية في الفقه الاسلامي ، هي اعطاء الفرصة للمتعاقد الذى يريد شراء شيء غائب عنه ، للتأكد من صلاحيته وسلامته عندما يراه ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، لو ألنا ألزمناه بالانتظار حتى يرى المعقود عليه ليصح التعاقد ، لفاتته الفرصة .

لذلك كان من الحكمة جواز التعاقد على الشيء الغائب ، مع اثبات الخيار عند الرؤية قياسا على خيار الشرط .

---

(1) أنظر : عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ص 555 .

(2) أخذ بذلك المذهب الحنفي ، والشافعي في قوله القديم ، والحنبلي في احدى الروايتين . أما المالكي ، والشافعي في قوله الجديد ، فقد منعا خيار الرؤية لأنه لا يرد الا على الغائب ، وهو ما لا يصح التعاقد عليه لأنه غرر وجهالة ، وقد نهى الرسول عن بيع الغرر .

(3) أنظر : أبو زهرة ، المرجع السابق ص 438 . عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ، ص 557 .

وتجدر ملاحظة أن خيار الرؤية لا يعني معناه اللغوي فقط ، وهو العلم بالنظر ، بل المقصود منه ، أوسع وأعمق من ذلك ، اذ تشمل الرؤية ، الشم ، والذوق ، والنظر ، مما يجعله جائزا حتى للمتعاقد الأعمى .

مدتـــــه :

وفقا للرأي الراجح الذي جرى به العمل لدى جمهور الفقهاء ، وهو القاعدة العامة ، أن خيار الرؤية ، ليس موقتا بوقت محدد [1] ، وانما يستمر قائما الى أن يوجد ما يسقطه ، لأنه من الحقوق المالية [2] ، أو تحصل الاجازة اذا تعلق بعقد الايجار [3] .

غير أن بعض الفقهاء ، ويعتبر رأيهم مرجوحا ، قد ذهبوا الى أن خيار الرؤيـة تحدد مدته بقدر ما يتمكن صاحبه من فسخ العقد أو امضائه بعد رؤية محله .

نطـاقـــه :

ليست كل العقود صالحة لقيام خيار الرؤية فيها ، بل هو قاصر في تطبيقه علــى عقود معينة يمكن حصرها فيما يلي :

- عقد البيع ، وهو يعتبر ، أهم العقود ، ومجالا خصبا لقيام خيار الرؤية ، شريطة أن يكون المبيع معينا ، أما عقود السلم ، والصرف فلا يجوز فيها .
- عقد الايجار يعتبر أيضا من العقود الصالحة لخيار الرؤية اذا لم تكن العيــن المؤجرة قد رؤيت من قبل .
- عقد القسمة ، وهو العقد الذي يرد على الأموال القيمية ، كالحيوانـــات ، والأراضي ، فاذا كان أحد الشركاء مثلا ، لم ير نصيبه من القسمة ، جاز له الخيار عند رؤيته .
- عقد الصلح ، وهو العقد الذي يكون بدله شيئا غير معين ، اذ يجوز لمن كان له الخيار أن يفسخ العقد اذا رآه ، لأن ذلك في معنى الشراء .

هذه هي العقود التي تصلح لقيام خيار الرؤية ، والتي يستطيع من كان له الخيار فيها أن يفسخ العقد بسبب وجوده بها .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص 236 .
(2) أنظر : عيسوي أحمد عيسوي ، المرجع السابق ، ص 562 ومابعدها .
(3) أنظر : أبو زهرة ، المرجع السابق ص 443 .

حكمه :

اذا ثبت خيار الرؤية ، فان العقد يكون لازما بالنسبة الى البائع ، وغير لازم بالنسبة الى المشترى صاحب الخيار ، فله الحق في امضائه أو فسخه ، دون حاجة الى رضاء الطرف الآخر ، ودون استصدار حكم قضائي وبأى قول أو فعل ، صراحة أو دلالة .

ويترتب على العقد وليس لخيار الرؤية فيه دخل ، أن يثبت الملك في البدلين للمتعاقدين ، فيصح التصرف فيهما من كلا الطرفين ، بعد انعقاد العقد مباشرة ، ومن ثم فحكم العقد الذى يلحق به خيار الرؤية حكم عقد البيع الذى لا خيار فيه ، لأن ركن البيع صدر خاليا من الشروط ، وكان ينبغي أن يكون العقد لازما لولا ثبوت خيار الرؤية شرعا لا شرطا بارادة المتعاقدين .

واذا كان لمن له خيار الرؤية حق فسخ العقد ، فهل يجوز له ذلك قبل الرؤية ؟ وفقا للحديث الشريف الذى يقول (من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه) ، فالفسخ غير جائز لأن المتعاقد لم ير المعقود عليه بعد .

الا أن هناك رأيا يجيز فسخ العقد ولو قبل رؤية المعقود عليه ، وذلك تأسيسا على أن العقد غير لازم ، ويجوز فسخه في أى وقت .

طرق انقضائه :

ينقضي خيار الرؤية بعدة طرق مختلفة فيصبح العقد بعد ذلك لازما ، وهذه الطرق هي :

- ينتهي خيار الرؤية بالطريق المألوف ، وهو عندما يرى صاحب الخيار العين المبيعة ، ويرضى بها ، وبالتالي فلا حاجة لبقائه قائما .
- ينتهي أيضا خيار الرؤية بموت المتعاقد المشترى واستثناء بموت البائع ، قبل اجراء الخيار بين الفسخ والامضاء ، فيلزم البيع ، ولا ينتقل خيار الرؤية للورثة ، لأن حكمه في ذلك حكم خيار الشرط .
- كذلك ينتهي خيار الرؤية بهلاك كل المبيع ، أو بعضه ، أو بتعييبه قبل أن يتم الاختيار .

— وينتهي أخيرا ، بتصرف المشتري في المبيع قبل أن يراه ، بشرط أن يكون تصرفه لازما ، كالبيع والهبة مع التسليم [1] .

هذا هو خيار الرؤية ، وقد ثبت لأن الجهالة التي وجدت في محل العقود السالفة الذكر ، تعد خللا في ركن الرضاء ، فيكون العقد مبنيا على معرفة غير تامة بالنسبة الى المعقود عليه ، ومن الجائز في هذه الحالات أن يندم العاقد ، اذ قد لا يجد المحل موافقا لرغبته عندما يراه ، فيثبت له حق فسخ العقد تداركا لما فاته ، لكي يدرأ عن نفسه الظلم .

وبناء على ما تقدم بيانه ، يتضح لنا جليا أن حق المتعاقد في فسخ العقد وفقا لخيار الرؤية ، ليس أساسه عدم التنفيذ ، كما تقضي به النظرية العامة للفسخ في القوانين الحديثة ، بل هو وارد نتيجة التأكد من سلامة ركن من أركان العقد وهو الرضا .

النوع الرابع : خيار العيب

مفهومه :

خيار العيب هو حق أحد المتعاقدين في فسخ العقد بسبب عيب في المعقود عليه ، لم يكن يعلم به وقت ابرام العقد ، ولذلك سمي بهذا الاصطلاح نسبة الى العيب الذي يكون بمحل العقد [2] .

ويثبت خيار العيب شرعا لا شرطا ، كما هي الحال بالنسبة الى خيار الرؤية الا أنه يختلف عنه ، اذ أن الشرط فيه ضمني [3] .

والمقصود منه انتفاع المتعاقد انتفاعا كاملا بالمعقود عليه ، ومعنى ذلك أن سلامة محل العقد ، اذا لم تتحقق ، اختل ركن الرضاء ، وهو أساس صحة العقود ولزومها ، وفي هذا المجال ، يقول تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) [4] ، ويقول الرسول صلى ...

(1) أنظر تفصيلا لذلك : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق ، المرجع السابق ص 233 . أبو زهرة ، المرجع السابق ص 443 ومابعدها .
(2) أنظر : عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ص 563 .
(3) أنظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ص 246 .
(4) راجع : سورة المائدة .

الله عليه وسلم : (لا يحل لمسلم باع لأخيه بيعا فيه عيب الا بيّنه له)[1].

ويستفاد من ذلك أن عدم سلامة الرضاء يعد غشا وتدليسا ، والشارع لا يقصر ذلك ، بل يوجب دفعه ، وازالته ، ولا يتحقق ذلك الا باعطاء المتعاقد الحق في الخيار ، حتى يجوز له فسخ العقد ، وبالتالي يدرأ عن نفسه ضرر العيب الذى ظهر في المبيع وهو لم يكن يعلم به .

مـــدتــــه :

لا شك في أن العدالة تقتضي أن تكون مدة خيار العيب معلومة ، لكي لا يبقى الطرف الآخر في العقد مهددا ، بخطر رد المبيع ، وفي ذلك ضرر له ، ثم ان الخيار وجد لدفع الضرر ، ولذلك يجب أن يستعمل في الوقت المناسب ، وبالتالي لا يجوز اطلاقه ، وهذا ما اتجه اليه فريق من الفقه .[2]

الا أن فريقا آخر قد أطلق المدة لصاحب الخيار ، بحيث تكون طويلة أو تكون قصيرة ، ما لم يتضح من بعض الملابسات ، أن المتعاقد قد رضي بالعيب فيسقط حقه في فسخ العقد بعد ذلك [3] .

ونحن نرى أن تحديد مدة خيار العيب ضرورة ، ولا يمكن الاستغناء عنها ، لأنه لا يعقل أن يبقى المتعاقد الآخر مدة طويلة مهددا بخطر الفسخ ، ثم أن عدم تحديد مدة يؤدى الى عدم الاستقرار في المعاملات ، وهو ما يجب تلافيه بجميع الوسائل القانونية .

نطـاقـــه :

يطبق خيار العيب على جميع العقود التي يكون فيها المعقود عليه معينا بالتعيين ، وهذه العقود هي التي بيناها سابقا ، بصدد الحديث عن خيار الرؤية ، ولذلك فلا داعي الى اعادة ذكرها مرة أخرى منعا للتكرار[4] .

---

(1) أنظر : أبو بكر جابر الجزائرى ، منهاج المسلم ، الطبعة الثانية 1976 ص 318 .
أبو زهرة ، المرجع السابق ص 446 ومابعدها .

(2) حددت المدة في المذهب المالكي بيومين بعد ظهور العيب ، وترك تحديدها الشافعي الى العرف .

(3) أنظر في ذلك : عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ص 567 .

(4) راجع ما سبق بيانه في خيار الرؤية .

وغني عن البيان أن اشتراط البائع براءة ذمته مما يكون في محل البيع من العيوب ، جائز ، وبالتالي فالوضع في مثل هذه الحالات يختلف ، اذ يصبح العقد لازما ، وليس للطرف الآخر ، حق فسخ العقد بعد ظهور عيب ، لأن قبوله للبراءة ، يعد قبولا منه للعيب الموجود في المبيع .

ثم انه ليس كل عيب يوجب الخيار ، انما العيب الذى يعتد به ، هو العيب المؤثر في قيمة المبيع (1) .

حكمه :

لا يترتب على وجود خيار العيب عدم صلاحية العقد ، بل العقد صحيح ، ونافذ ، الا أنه غير لازم ، بالنسبة الى الطرف الذى يكون الخيار لصالحه ، مما يجيز له الخيار بين أمرين :

الأمر الأول : ان شاء رضي بالعقد بما هو عليه ، فيصير ملزما له ، بعد ما كان غير ملزم ، ولا يجوز له في مثل هذه الحالة أن يبقي على المبيع ويطالب بما يقابل النقصان للعيب ، لأنه يستطيع التخلص من العقد ، وهذا هو الأمر الثاني الذى يتاح له عن طريق فسخ العقد واعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل ابرامه .

وقد يمتنع عليه وقوع الفسخ لسبب من الأسباب ، وفي مثل هذه الحالة يكون له الحق في ابقائه على العقد ، والمطالبة بمقابل النقصان في القيمة ازالة للظلم .

طرق انقضائه :

ينقضي خيار العيب لعدة أسباب مختلفة يمكن تحديدها على النحو التالي :

— ينتهي هذا الخيار ، برضاء المتعاقد الذى يكون لصالحه ، ويستوى أن يكون رضاؤه صراحة ، أو دلالة ، لأنه لا معنى لبقاء خيار العيب بعد ذلك .

— وينتهي أيضا في جميع الحالات التي يهلك فيها المعقود عليه في يد المشترى ، أو يتعيب بعيب جديد ، أو يتغير تغيرا تاما (2) ، لأن الرد في مثل ذلك يمتنع .

---

(1) أنظر تفصيلا لذلك : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، المرجع السابق ، ص 248 ومابعدها . عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ص 564 ومابعدها . أبو زهرة ، المرجع السابق ص 447 ومابعدها .

(2) أنظر : عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ص 570 . الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، المرجع السابق ص 213 ومابعدها .

-- وينتهي بزيادة المعقود عليه زيادة متصلة متولدة من فعل من كان الخيار له ، كأن يكون المعقود عليه أرضا فيبني عليها ، أو يكون ثوبا فيصبغه .

أما اذا كانت الزيادة متولدة من المعقود عليه نفسه فلا يمتنع الرد ، كأن يكون المعقود عليه حيوانا ، فيكبر أو يسمن .

ويمتنع الرد في الحالة الأولى ، لأن خيار العيب ، اذا ما استعمل ، معناه رد كل من الطرفين ما قبضه ، واذا ما رد المتعاقد المعقود عليه في مثل هذه الحالة ، فيجب عليه رده مع الزيادة التي لا يجوز فصلها عنه ، وفي ذلك ربا ، وهو غير جائز في الشريعة الاسلامية .

هذه هي الحالات التي ينقضي خيار العيب فيها ، ولا ضرورة لبقائه ، لأن الهدف منه لم يعد مطلوبا ، وعندما تنتهي الحكمة من أية قاعدة قانونية ، فان زوالها أمر محتوم .

حاصل القول بالنسبة الى خيار العيب أنه لا يختلف عن بقية الخيارات السابقة ، في الهدف ، والأساس الذى يقوم عليه ، اذ أن عدم التنفيذ من الطرف الآخر ليس هو الذى أوجده ، وانما وجد من أجل حماية رضاء صاحب الخيار ، والحكم بين الأمرين في القانون الوضعي يختلف كما سبق بيانه .

ولذلك فان العقود التي تلحق بها الخيارات السابق ذكرها ، وما تضمنته من أحكام وحلول ، لا يؤدى فيها الفسخ الى وجود نظرية عامة في الفقه الاسلامي بل تفسخ هي لقيام تلك الخيارات بصددها .

وقد بينا عند الكلام في تقسيم العقود في الفقه الاسلامي ، أن هناك عقودا غير لازمة بطبيعتها ، فهي ليست مجالا للفسخ كقاعدة ، وبالتالي فلا توجد نظرية تحكمها في مجال الفسخ .

وقد يسأل سائل في هذا الصدد ، هل معنى ذلك أن الفقه الاسلامي لا يعرف فسخ العقود في غير الحالات السابق دراستها ؟ للاجابة على هذا التساؤل ، ندرس بعض العقود (عقد البيع ، عقد الايجار) لابراز الحالات التي يجوز فيها فسخ العقد لغير الخيارات ، في الفقه الاسلامي ، وذلك فيما يلي :

المطلب الثالث

الحالات التي يفسخ فيها العقد في الفقه الاسلامي لغير الخيارات

يبدو لأول وهلة للباحث ، أن الفقه الاسلامي ، لا يجيز للدائن أن يطالب بفسخ العقد عند عدم تنفيذ المدين التزامه ، وانما يقتصر حقه على المطالبة بالتنفيذ .

صحيح أنه لا يوجد في الشريعة الاسلامية ، ما يدل دلالة قاطعة على جواز فسخ العقد ، ذلك أن الشريعة الاسلامية تحبذ تنفيذه ، اذ يقول تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)[1] .

غير أنه اذا كان هذا هو الأصل العام ، فان رجال الفقه الاسلامي ، قد أكدوا فسخ العقد في بعض الحالات التي يتعذر فيها تنفيذه ، وهي استثناءات من الأصل العام ، نذكر من بينها ، ما أجازوه في عقد البيع ، والايجار ، على النمط الذى اتبعناه خلال دراستنا للفسخ في القانون الروماني :

بالنسبة الى عقد البيع :

يترتب على قيام عقد البيع ، التزامات على عاتق البائع ، كضمانه هلاك المبيع ، ومقداره ، وعدم التعرض ، وضمانه للعيوب الخفية[2] ، فاذا لم يستطع القيام بها جاز للمتعاقد الآخر فسخ العقد .

أولا — فسخ عقد البيع لهلاك المبيع :

قد يهلك المبيع في يد البائع ، قبل أن يتسلمه المشترى ، فلا يبقى أمام هذا الأخير الا طريق فسخ العقد ، للتخلص من التزاماته نحو البائع .

ويترتب على اتباعه هذا الطريق أن يعيد الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، ومعنى ذلك ، أن من حقه أن يسترد الثمن اذا كان قد دفعه ، شريطة ، ألا يكون له

---

(1) سورة المائدة ، الآية رقم 1 .

(2) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، الجزء 6 ، الطبعة الثالثة 1968 ، ص 225 ، الدكتور عبد الناصر توفيق العطار ، ماهية العيب وشروط ضمانه في عقد البيع ، مقال منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة المصرية ، السنة 16 ، الجزء الثاني ص 460 ومابعدها .

دخل في سبب الهلاك ، اذ يمتنع عليه حينئذ استرداد الثمن ، ولا يحق له فسخ العقد ، ويجب عليه دفع الثمن اذا كان لم يقم بدفعه بعد (1) .

وتجدر ملاحظة أن فسخ عقد البيع على هذا النحو ، انما يرجع الى انعدام المحل ، ولذلك فهو انفساخ ، وليس فسخا لعدم التنفيذ ، وهو ما أخذ به القانون الحديث كنوع من أنواع الفسخ ، وقضت به المادة 121 من القانون المدني الجزائري (2) .

ثانيا ـ فسخ عقد البيع لنقصان مقدار المبيع :

يترتب على عقد البيع التزام البائع بضمان مقدار المبيع ، وبالتالي فاذا حدث فيه نقصان عما هو محدد في العقد ، فان للمشترى حق فسخ العقد ، بارادته المنفردة ، مثال ذلك أن يكون البيع واردا على بضاعة من الموزونات ، أو المكيلات ، أو المذروعات ، ويعين مقدارها ، وثمنها جملة ، أو بالوحدة .

فاذا حدث نقصان فيها جاز لصاحب الشأن فسخ عقد البيع الذى يربطه بالمتعاقد الآخر .

وقد يحدث في الحياة العملية ، عكس ذلك ، أى بدلا من النقصان تكون هناك زيادة في المبيع ، ففي مثل هذه الحالات يختلف الأمر ، اذ لا يجوز فسخ العقد ، وما زاد فهو للبائع (3) ، شريطة ألا يكون في ذلك ضرر للمشترى .

ويلاحظ أيضا أن فسخ العقد لنقصان مقدار المبيع ، شأنه شأن فسخه لهلاك المبيع ، اذ يعود الى المعقود عليه ، وليس لعدم التنفيذ كما هي القاعدة العامة التي يجرى بها العمل في القانون الوضعي .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، مصادر الحق ، ج 6 ، المرجع السابق ، ص 225 ومابعدها . وراجع حكم المواد 460 ، 462 ، 465 مرشد الحيران .

(2) راجع حكم المادة 159 من القانون المدني المصرى التي تطابق في حكمها النص الوارد في القانون المدني الجزائرى المذكور في المتن .

(3) راجع حكم المادة 443 من مرشد الحيران .

ثالثا ـ فسخ عقد البيع لاستحقاق المبيع :

من الضمانات التي يرتبها عقد البيع على البائع في الفقه الاسلامي ، ولو لم تكن مشروطة في العقد ، ضمانه للمشتري ، عدم استحقاق المبيع .

ولذلك فاذا ظهر بعد انعقاد العقد مستحق للمبيع ، فان للمشتري حق فسخ العقد ، لأن المبيع لم يعد خالصا له ، فيسترد الثمن ان كان قد دفعه كاملا ، بصرف النظر عما يكون قد لحق المبيع من نقصان في القيمة .

ويتفق الحكم في فسخ العقد للاستحقاق في كل من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، الذي يجيز للمشتري في هذا الصدد ، أن يختار طريق فسخ العقد (1) ، كما هو الشأن بالنسبة الى الشريعة الاسلامية .

رابعا ـ فسخ عقد البيع للعيب :

رأينا من خلال دراستنا للخيارات وحكمها في الفقه الاسلامي ، أن المشتري يستطيع ، فسخ عقد البيع لخيار العيب ، ولو لم يكن مشترطا فيه .

وعليه فان ظهور عيب من العيوب في المبيع يرتب نوعا من الضمانات التي يرتبها عقد البيع على البائع ، فاذا ما وجد العيب كان للمشتري الحق في الفسخ ما لم يكن هناك مانع يمنعه من ذلك (2) .

بالنسبة الى عقد الايجار :

يعتبر عقد الايجار في الفقه الاسلامي من العقود التي جاءت على خلاف القياس ، ولذلك فقد أجيز فيه الفسخ استحسانا ، ويتميز عن غيره من العقود ، بأنه يرد دائما على منفعة ، تكون معدومة في البداية ، ولكنها تتجدد آنا فآنا ، مما يصح القول فيه بأنه أكثر العقود ميدانا لتطبيق الفسخ (3) .

وقد يكون فسخ العقد في هذا المجال راجعا الى العين المؤجرة ، وقد يكون سببه راجعا الى الأجرة ، وذلك على النحو التالي :

---

(1) راجع حكم الفقرة الأخيرة من المادة 375 من القانون المدني الجزائري .

(2) راجع ما سبق لنا بيانه بصدد الكلام عن خيار العيب .

(3) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ص 228 وما بعدها .

أولا — فسخ عقد الايجار لسبب يعود الى العين المؤجرة :

ليس هناك شك ، في أن المستأجر ، يستهدف من وراء ابرامه لعقد الايجار، تمكينه من منفعة العين المؤجرة .

غير أن الحياة العملية ، قد تفرض عليه غير ذلك ، لأسباب متعددة تفــوت عليه الغرض المقصود .

ولذلك فقد أجاز الفقه الاسلامي للمشترى فسخ عقد الايجار في مجــالات مختلفة منها :

— تغير العين المؤجرة مما كانت عليه قبل التسلم ، ويستوى في ذلك أن يكـون التغير ، قد حدث بفعل المؤجر ، أو بفعل غيره ، لأن العين ، على هــذا النحو قد لا تحقق له الهدف المطلوب .

— كذلك في حالة عدم قيام المؤجر بترميم العين المؤجرة ، وهو التزام من التزاماته ، يستطيع المستأجر في مثل هذه الحالة فسخ عقد الايجار ويخرج من تلك العين ولا تجوز مطالبته بالأجرة مستقبلا ، ما لم تكن العين على هذه الحال قبل انعقاد العقد ، وتم علمه بها ، لأن علمه بذلك ينفي عنه حقه في الفسخ .

— وللمستأجر أيضا حق فسخ العقد ، في حالة ما اذا كانت العين المؤجرة أرضا للزراعة ، وانقطع عنها الماء ، بحيث لم تعد صالحة لما أجرت من أجله .

ففي جميع هذه الصور السالفة الذكر ، وغيرها من الصور التي تشتبه بهـا ، أباح الفقه الاسلامي ، فسخ عقد الايجار ، يستوى في ذلك أن يكون عدم تمكــين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة راجعا الى عدم قيام المؤجر بالتزامه ، أو راجعا الى العين المؤجرة ذاتها .

ثانيا — فسخ عقد الايجار لتخلف الأجرة :

الى جانب الحالات السابقة الذكر ، التي يجوز فيها فسخ عقد الايجار في الفقه الاسلامي بسبب العين المؤجرة ، أجيز الفسخ لتخلف الأجرة ، اذ يجوز للمؤجر الذى لم يستوف من المستأجر حقه في الأجرة المتفق عليها في العقد ، أن يفسخه [1]، وكذلك الحال بالنسبة الى الأجير الذى لم يحصل على أجرته من صاحب رب العمل .

[1] أنظر في ذلك حكم المادتين 583 ، 584 من مرشد الحيران ، عن الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 226 ومابعدها .

ورغم ذلك كله ، يجب ألا يفهم أن الفقه الاسلامي يجيز فسخ عقد الايجار في كل الحالات ، بل هناك حالات ، لا يجوز فيها فسخه ، وبالتالي يجب على الدائن في مثل هذه الحالات أن يطالب بالتنفيذ فقط (1) .

ونشير الى أن جواز الفسخ في الفقه الاسلامي لغير الخيارات ، على النحو السابق بيانه ، بالنسبة الى عقود المعاوضات ، قاصر على عقد البيع ، والايجـــار دون غيرهما (2) .

حاصل القول بالنسبة الى موقف الشريعة الاسلامية من نظرية الفســـخ ، أن هناك قاعدة عامة ، واستثناء لها .

فأما القاعدة العامة التي جرى بها العمل في الفقه الاسلامي بالنسبة الـــى العقود الملزمة للجانبين ، فهي عدم جواز فسخ العقد لاخلال أحد المتعاقديـــن بتنفيذ التزاماته ، وليس للدائن ، الا المطالبة بالتنفيذ ، أو بالضمان على حســـب الأحوال .

وهذا مخالف للقوانين الوضعية ، وخاصة منها الحديثة ، اذ تقضي القاعدة العامة فيها ، بأنه اذا لم يقم أحد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين بتنفيذ التزامه ، جاز للطرف الآخر ، أن يطالب بفسخ العقد ، لكي يتحلل بدوره من التزاماته .

وأما الاستثناء الوارد على القاعدة العامة ، فهو جواز فسخ العقد في الفقـــه الاسلامي ، في بعض الحالات ، كما بينا آنفا ، حين لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه .

ويرى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري أن مرد هذا الاستثناء يعود الى أمرين : (3)

أولهما انعدام محل العقد ، أو فوات منفعته المقصودة ، اذ أن محل العقـــد ليس هو محل الالتزام ، وبالتالي فاذا انعدم محله أو انتفت منفعته فان الخلل الذى

(1) أنظر حكم المواد 723 ، 724 ، 738 من مرشد الحيران ، عن الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ص 219 ومابعدها .
(2) أنظر حكم عقد الصلح ، والرهن في الفقه الاسلامي ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 222 ومابعدها .
(3) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ص 231 ومابعدها .

يصيب محل العقد بعد انعقاده ، انعقادا صحيحا ، يؤثر في القوة الملزمة للعقد ، فيصير قابلا للفسخ بالنسبة الى الطرف الذى تأثرت مصلحته من هذا الخلل .

غير أن الفسخ في مثل هذه الحالات لا يعود الى فكرة الارتباط بين الالتزامات التي سبقت الاشارة اليها ، وانما يرجع الى الخلل الذى يصيب محل العقد .

وهذا يعني أن الفقه الاسلامي ، لم يعرف بدوره فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة ، والا ما جاء فسخ عقد البيع لهلاك المبيع أو لاستحقاق المبيع .

وثانيهما ، أن عقد الايجار في الفقه الاسلامي قد جاء على خلاف القياس (استحسانا) والمعقود عليه فيه معدوم ولكنه يتجدد بين الحين والآخر ، ومن ثم كان الفسخ فيه أكثر تصورا ، لا عندما يختل المحل فقط ، بل حين لا يفي المستأجر بأجرة العين ، أو رب العمل بأجر العامل .

وفسخ العقد أيضا في مثل هذه الحالات لا يرجع الى فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، بل يرجع الى المعقود عليه ، كأن هناك عقودا متوالية تقع على وحدات المنفعة المتجددة .

ومما يدل على أن فكرة ارتباط الالتزامات التعاقدية ، لا توجد في الفقه الاسلامي ، أن القانون العراقي ، على الرغم من تأثره بالشريعة الاسلامية ، بل أنه مأخوذ ، في جزء كبير منها ، أدخل فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة ، وجعلها أساسا للفسخ (1) .

ولعل ، عدم وجود ترابط الالتزامات في الشريعة الاسلامية من بين الأسباب التي أدت ببعض المستشرقين الى القول ، بأنها كانت متأثرة بالفقه والقانون الرومانيين ، وهو قول لا يعدو أن يكون افتراضا ، والافتراض لا يصح كحجة .

ثم ان هناك حقائق تاريخية لا يمكن دحضها ، وهي عديدة يتعذر ذكرها هنا (2) ، تؤكد بأن الشريعة الاسلامية لم تتأثر بالقانون الروماني .

(1) راجع حكم المواد 177 ، 178 ، 179 ، 180 من القانون المدني العراقي .
(2) أنظر : الحجج الدامغة التي رد بها على هؤلاء المستشرقين كل من :
— الدكتور علي علي سليمان ، الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية ، محاضرة ألقاها بمناسبة الأسبوع الثقافي ، بوهران ، جويلية 1976 ، ص 5 .
— الدكتور معروف الدواليبي ، المرجع السابق ، ص 65 وما بعدها .

هذه هي نظرية الفسخ في نشأتها ، وتطورها ، ومصادرها المختلفة ، واذا كان لبعض المصادر نصيب كبير ، في تكوينها ، وتهذيبها ، فان للبعض الآخر ، نصيبا ضئيلا ، لا يتعدى بعض تطبيقاتها .

واذا كانت قد استقرت كنظرية مستقلة عن بقية النظريات الأخرى في قواعدها وأحكامها ، بعد هذه المرحلة الطويلة ، وما حدث فيها من تعديل وتطوير في مفهومها ، وأصبحت مستقرة على غرار الأنظمة القانونية الأخرى التي تعرفها القوانين المدنية الحديثة ومنها القانون المدني الجزائرى ، فان الأساس القانوني الذى تقوم عليه ما يزال محلا للنقاش الفقهي الى يومنا هذا .

غير أنه ينبغي القول بأن الاختلاف في أساس أية نظرية من النظريات القانونية ، لا يعني بأى حال من الأحوال الاختلاف في وجودها .

ومع ذلك فان الاختلاف في الرأى بالنسبة الى الأساس القانوني الذى تقوم عليه نظرية الفسخ ، يؤدى لا محالة الى الاختلاف في أحكامها وآثارها .

ولذلك فان معرفة الأساس الصحيح الذى تقوم عليه ، مسألة أساسية في هذا البحث ، وهو ما جعلنا نخصص له فصلا كاملا مستقلا عن الفصل السابق ، نستعرضه فيما يلي :

* * *

الفصل الثاني

الأســـاس القـــانـــوني للـفـسـخ

اذا كان الفسخ ، من حيث المبدأ ، قد أصبح نظاما ، مستقرا ، في الوقت الحاضر ، بعد أن مرّ بعدة مراحل مختلفة ، وأخذت به التشريعات الحديثة ، وهو ما فصله القانون المدني الجزائري في مواده من المادة 119 الى المادة 122 . فان الأساس القانوني الذي يقوم عليه لا يزال محل خلاف في الفقه ، بل تضاربت بشأنه الآراء ، وتباينت منذ القانون الروماني ، وهذه الآراء ، يمكن استعراضهـا على النحو الآتي :

المبحث الأول

فكرة الشرط الفاسخ الصريح كأساس للفســخ

Condition Resolutoire Expresse

المطلب الأول

مـفهـوم الشــرط

ان كلمة الاشتراط في اللغة العربية ، هي مصدر لفعل اشترط ، فيقال مثلا ، اشترط محمد على خالد كذا ، أي أخذ عليه شرطا ، أو بعبارة أخرى ألزم أحد المتعاقدين الآخر بأمر ، فكل منهما ملزم نحو الثاني بما اشترط في العقد (1) .

أما معنى الشرط اصطلاحا ، فهو الوصف الذي يلحق بالتصرف القانوني ويتوقف على تحققه الالتزام ، ولا يكون داخلا في العقد ، ولا عنصرا من عناصره .

---

(1) أنظر : موسوعة الفقه الاسلامي ، ج 11 ، يصدرها المجلس الأعلى للشئـون الاسلامية ، القاهرة 1394 هـ ، ص 141 ومابعدها .

فاذا لم يتحقق الشرط ، انتفى الالتزام تبعا له ، ويسمى في هذه الحالة بالشرط الواقف ، وقد يتوقف على تحققه ، زوال الالتزام ، ويسمى في هذه الحالة بالشرط الفاسخ .

وقد يكون هذا الأخير شرطا صريحا ، وهو الذى نحن بصدده ، وقد يكون أيضا ضمنيا كما يرى البعض .

ومقتضى الشرط الفاسخ الصريح ، الذى أسس الرومان الفسخ عليه ، هو أنه (1) ، لكي يكون هناك محل للفسخ ، يجب أن يتضمن العقد ، بندا صريحا على أنه اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد الذى يربطه به .

أما الحالات الأخرى التي لا يوضع فيها شرط صريح لفسخ العقد ، فليس فيها محل للفسخ ، ولم يكن للدائن الحق في المطالبة بفسخ العقد ، بأى حال من الأحوال ، وخاصة في العقود المسماة التي كانت مجالا لتطبيق الشرط الفاسخ الصريح في القانون الروماني .

ومن هذا المفهوم الروماني للفسخ ، كان الشرط الفاسخ الصريح هو الأساس القانوني الذى يقوم عليه الفسخ ، فالمتعاقدان قد وضعا هذا الشرط خصيصا لهذا الغرض ، ويجب ألا يتعدى مفهومه هذا الغرض .

ويجب أن ننبه في هذا المجال الى عدم الخلط ، بين الشرط الفاسخ الصريح ، والشرط الفاسخ العادى المنصوص عليه في المادة 207 من القانون المدني الجزائرى ، لأن بين النظامين فرقا كبيرا .

فعلى الرغم من أن كلا منهما يتوقف على تحقق حادث مستقبل غير محقق الوقوع ، فان هذا الحادث يختلف في الشرط الفاسخ العادى عنه في الشرط الفاسخ الصريح .

---

(1) أنظر: الدكتور عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ص 532 . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 343 . الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 339 . الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 445 . الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، المرجع السابق ، ص 695 .

ففي الأول يترتب على تحققه انفساخ العقد ، فالحادثة هنا ذات طابع موضوعي لا تخضع لتقدير أحد .

أما في الثاني ، فالحادثة ليس لها هذا الطابع الموضوعي ، لأنها تتكون من عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه ، فهي ، على هذا النحو ، خاصة بأحد المتعاقدين ، اذ أن طابعها شخصي وتخضع لتقدير الدائن الذي يجوز له ألا يعتبر عدم التنفيذ من الجسامة بحيث يبرر تمسكه بالفسخ .

وبعبارة أخرى ، فان الشرط الفاسخ الصريح ، لا ينشيء علاقة وثيقة بين فاعلية الشرط ، وتحقق الحادثة المستقبلة ، كما هي الحال بالنسبة الى الشرط العادي ، بل ينشيء فقط سلطة الفسخ لمصلحة أحد المتعاقدين ، يستعملها ، وفقا لتقديره وبارادته المنفردة[1] .

هذا هو الشرط الفاسخ الصريح ، باعتباره أساسا للفسخ ، وقد ظهر لأول مرة في القانون الروماني ، ثم أخذ به الفقه الفرنسي القديم كما سوف نرى في حينه .

والواقع هو أن تأسيس الفسخ على فكرة الشرط الفاسخ ، اذا كان يصلح في القانون الروماني باعتباره لم يعرف الفسخ كنظرية عامة ، فانه لا يصلح في وقتنا الحاضر لتأسيس نظرية كاملة عليه ، لأن هذا أمر غير مقبول من عدة نواح ، نستعرضها فيما يلي :

* * *

المطلب الثاني

الانتقادات الموجهة للشرط الفاسخ الصريح كأساس للفسخ

مما لا شك فيه أن الأساس الذي تقوم عليه أية نظرية من النظريات القانونية ، هو الذي يضمن لها الثبات والاستقرار ، والأحكام العادلة ، وهو ما تفتقر اليه فكرة الشرط الفاسخ الصريح من عدة جوانب :

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الحي حجازي ، مدى خيار الدائن بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ ، مقال منشور ، في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول ، السنة الأولى ، ص 147 ومابعدها .

أولا ـ لأن الشرط الفاسخ الصريح ، في القانون الروماني ، لم يكن جائزا لكل من المتعاقدين ، بل كان قاصرا على البائع دون المشترى ، ولذلك ، فالأخذ به ، كأساس لنظرية الفسخ ، يؤدى بنا الى التضييق من تطبيق هذه النظرية ، التي لا يميز فيها القانون المدني الجزائرى ، والقانون الحديث بصفة عامة ، بين البائع والمشترى ، اذ يجوز لكل منهما فسخ العقد ، اذا تخلف أحدهما عن تنفيذ التزاماته التعاقدية ، وهو ما يقتضيه المنطق القانوني السليم ، وأبسط قواعد العدالة ، لأنه ، بدون ذلك ، ليس هناك منطق قانوني ، ولا عدالة بين المتعاقدين .

ثانيا ـ لأن تأسيس نظرية الفسخ على فكرة الشرط الفاسخ الصريح ، يعني أن العقود التي لا تتضمن بندا صريحا به ، لا يجوز فسخها اذا تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه ، في حين أننا نجد القانون الحديث بصفة عامة والقانون المدني الجزائرى في مادته 119 بصفة خاصة ، يقضي بجواز فسخ العقد ، ولو لم يكن في العقود شرط فاسخ صريح .

وعليه فان القاعدة العامة في القانون الحديث ، هي فسخ العقد بحكم من القاضي ، والاستثناء جوازه بالاتفاق السابق[1] .

ثالثا ـ واذا سلمنا بأن أساس الفسخ هو الشرط الفاسخ الصريح ، فمعنى ذلك ، أن مجرد تحققه يفسخ العقد بقوة القانون[2] ، في حين أن القانون الحديث ، يقتضي بشأن فسخ العقد ، صدور حكم قضائي ، كقاعدة عامة ، وللقاضي سلطة تقديرية في فسخ العقد أو عدم فسخه .

وبناء على ذلك ، فاننا نرى عدم صحة تأسيس نظرية الفسخ على الشرط الفاسخ الصريح ، لأن مضمون النظرية يتجاوز ذلك ليشمل العقود التي لا تتضمن شرطا صريحا بالفسخ[3] .

---

(1) راجع في ذلك حكم المادة 120 من القانون المدني الجزائرى المقابلة للمادة 158 من القانون المدني المصرى ، والمادة 159 من القانون المدني السورى ، والمادة 160 من القانون المدني الليبي ، والمادة 143 من القانون المدني السوداني ، اذ تجد فيها أن الفسخ الاتفاقي ليس هو الأصل العام .

(2) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 443 .

(3) أنظر: لاحقا ، الفسخ القضائي ، اذ تجده هو الأصل العام وليس العكس .

المبحث الثاني
فكرة الشرط الفاسخ الضمني كأساس للفسخ

المطلب الأول
مفهوم الشرط الفاسخ الضمني
Condition Résolutoire sous-entendue

تقتضي فكرة الشرط الفاسخ الضمني ، أن العقود الملزمة للجانبين بجميع أنواعها ، يجوز فسخها عندما يتخلف أحد الطرفين فيها عن تنفيذ التزاماته ، لا على أساس ، أن المتعاقدين قد ضمّنا العقد شرطا صريحا يقضي بذلك كما هو الشأن بالنسبة الى الشرط الفاسخ الصريح ، بل على أساس افتراض أن المتعاقدين قد ضمّنا اتفاقهما شرطا يقضي بفسخ العقد ، اذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزاماته .

ويعود أصل هذه الفكرة ، الى الفقه الكنسي ، عندما أراد تطبيق نظرية الفسخ على كل العقود الملزمة للجانبين ، التي كان ينظر اليها على أنها تقوم على مبدأ حسن النية في تنفيذها .

وقد انتقلت هذه الفكرة من الفقه والقانون الكنسيين ، الى الفقه الفرنسي القديم ، الذي سار في أول الأمر على النهج الذي سار عليه الفقه الروماني ، فعادت فكرة الشرط الفاسخ الصريح مرة أخرى الى العقود .

غير أن كثرة استعمال هذا الشرط ، وشيوعه أديا في النهاية الى اعتباره موجودا في جميع العقود الملزمة للجانبين ، ولو لم يدرجه المتعاقدان فيها ، على أساس أن ارادة المتعاقدين قد اتجهت اليه عند ابرام العقد [1] ، وبالتالي يحق للدائن أن يطالب بفسخ العقد عند عدم التنفيذ من المتعاقد الآخر ، ولو لم يتضمن العقد شرطا صريحا بالفسخ .

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور عبد المنعم البدراوي ، المرجع السابق ص 583 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 430 . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 343 . الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 193 . الدكتور اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، ج 1 مصادر الالتزام ، طبعة 1968 ص 325 .

وقد انتقلت هذه الفكرة للشرط الفاسخ الضمني ، من الفقه الفرنسي القديم ، الى مدونة نابليون ، ونصت عليه المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي (1).

وانطلاقا من هذا المفهوم الجديد لفسخ العقد ، ذهب فريق من الفقه والشراح ، الى أن أساس نظرية فسخ العقد ، هو الشرط الذى يكون مفترضا في العقود الملزمة للجانبين .

ومعنى ذلك أنه يحق لكل متعاقد في هذه الطائفة من العقود ، اذا قام بتنفيذ التزامه ، ولم يحصل على الغاية التي تعاقد من أجلها ، أن يطالب بفسخ العقد ليتحلل من التزاماته التعاقدية نحو المتعاقد الآخر .

غير أن فكرة الشرط الفاسخ الضمني ، كأساس للفسخ ، هي بدورها منتقدة ، ولا يمكن الاعتماد عليها لقيام نظرية كاملة ، وهو ما نستعرضه فيما يلي :

* * *

المطلب الثاني

الانتقادات الموجهة لفكرة الشرط الفاسخ الضمني كأساس للفسخ

اذا كان لفكرة الشرط الفاسخ الضمني فضل في توسيع تطبيق نظرية الفسخ ، اذ لم يعد تطبيقها قاصرا ، على عقد البيع دون غيره ، ولا لصالح البائع دون المشترى ، كما كان الشأن في القانون الروماني ، فقد وجهت لهذا الأساس انتقادات تجعله لا يصلح لتأسيس نظرية الفسخ عليه ، هذه الانتقادات والعيوب يمكن تلخيصها كما يلي :

أولا — يعاب على فكرة الشرط الفاسخ الضمني كأساس للفسخ ، أنها تتضمن في مفهومها ، المغالاة ، في مبدأ سلطان الارادة ، ولو مفترضة خاصة وأن هذا المبدأ لم تعد له مكانته البالغة الأهمية التي كانت له ، في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فقد تغير الوضع في الوقت الحاضر ، وأصبح هذا المبدأ

---

(1) ونصها هو :

" La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement....".

متيدا في أغلب التشريعات ، وخاصة منها التشريعات التي يعمل بها في المجتمعات ذات الأنظمة الاشتراكية (1) .

ثانيا — لو سلمنا بأن أساس نظرية الفسخ ، هو الشرط الفاسخ الضمني ، فمعنى ذلك أن تحقق هذا الشرط كاف لايقاع الفسخ ، دون تدخل من القاضي ، واذا تدخل ، فان تدخله يكون للتأكد من أن العقد يتضمن مثل هذا الشرط فقط ، في حين أن القوانين الحديثة ، بصفة عامة ، والقانون المدني الجزائري بصفة خاصة ، تعطي للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ أو رفضه ، وتتسع هذه السلطة أو تضيق حسب نوع الفسخ المعروض عليه كما سوف نرى في حينه .

ثالثا — أن تأسيس الفسخ على هذا الشرط ، يعني حرمان الدائن من العدول عن طلب الفسخ ، بعد تحقق الشرط الفاسخ الضمني ، ذلك أن العقد في مثل هذه الحالة يكون قد انحلّ ، والعدول لا يكون ولا فائدة منه الا في حالة وجوده ، في حين أن الوضع في القانون الحديث ، يقضي بغير ذلك ، فليس هناك ما يمنع الدائن من العدول عن طلب الفسخ الى طلب التنفيذ ، مادام الحكم القضائي لم يصر بعد نهائيا ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فان المدين نفسه لا يستطيع ، بعد تحقق الشرط الفاسخ الضمني ، أن يتوقى الفسخ عن طريق تنفيذه للالتزام ، لأن العقد يكون قد انحل ، مع العلم بأن القوانين الحديثة تجيز له ذلك ، مادام الحكم القضائي لم يصبح نهائيا .

أمام هذه العيوب والانتقادات ، هجر الفقه الحديث تأسيس الفسخ على الشرط ، سواء كان صريحا أو ضمنيا ، وقال بفكرة السبب ، وهو ما نستعرضه على النحو التالي :

---

(1) وأكثر من ذلك ، فقد ذهب البعض الى أن نظرية الفسخ في حد ذاتها لم تعد تتفق مع الأنظمة القانونية التي يجب أن تكون في الدول ذات النظام الاشتراكي ، ذلك أن هذه الأخيرة تقوم على الخطط الاقتصادية ، ولذلك فان فسخ العقد يعني عدم تنفيذ الخطة التي تضعها الدولة .

غير أن هذا الاتجاه ، لا أساس له من الصحة ، لأن نظرية الفسخ تحكم بالدرجة الأولى ، علاقات الأفراد ، ثم ان هناك أحكاما خاصة تخضع لها الخطط الاقتصادية والعقود الادارية ، فضلا عن أن فسخ العقد بين متعاقدين لا يضر بالمصلحة العامة في جميع الحالات .

المبحث الثالث

فكرة السبب كأساس للفسخ

المطلب الأول

مفهوم السبب

يمكن القول بادئ ذي بدء ، بأن فكرة السبب في حد ذاتها ليست بالأمر السهل الذى يبدو لأول وهلة ، لكل باحث ، في مجال نظرية الالتزام بصفة عامة والعقد بصفة خاصة ، بل انها الفكرة الوحيدة التي عرفت شهرة عريضة في الغموض والصعوبة ، فليست هناك نظرية من النظريات القانونية ، أثير حولها الجدل الفقهي ، أكثر من نظرية السبب ، التي انقسم بصددها الفقهاء الى مؤيدين ومنكرين .

وللسبب معان مختلفة ، يجب التمييز بينها ، لتحديد ، المعنى المقصود من فكرة السبب ، باعتباره أساسا للفسخ ، اذ قد يقصد به السبب الانشائي ، وقد يكون المقصود منه الباعث الدافع ، وقد يكون السبب القصدى .

المعنى الأول : السبب الانشائي Cause efficiente

يقصد بالسبب الانشائي في مجال النظرية العامة للالتزام ، الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام(1) ، أو بعبارة أخرى ، المصدر الذى يستمد منه الالتزام وجوده ، فيقال مثلا ، العقد سبب من أسباب كسب الملكية ، والفعل الضار سبب من أسباب الالتزام بالتعويض . (2)

والسبب بهذا المعنى ، ليس هو المقصود في مجال البحث عن أساس لنظرية الفسخ ، لأنه ، لا يعقل أن يكون مصدر الالتزام ، هو نفسه أساسه وبالتالي فالسبب الانشائي لا يصلح أساسا لفسخ العقد .

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص 235 .
الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 252 .

(2) أنظر في ذلك : الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 202 .

المعنى الثاني : الباعث الدافع   La Mobile Impulsif et Déterminant

ويقصد بفكرة السبب باعتبارها الباعث الدافع ـ وهي الفكرة التي نادى بها القضاء لأول مرة ، لما احتدم الصراع الفقهي ـ الغرض غير المباشر ، أى الغرض البعيد الذى يستهدف المتعاقد تحقيقه من وراء تعاقده .

ولذلك ، فالسبب بهذا المفهوم ، ليس هو المقصود في هذا المجـال ، لأنه يكون خارج العقد ، ولا دخل له في تكوينه ، وإذا أردنا البحث عنه فيجب أن يكون ذلك في نفس المتعاقد ، وليس في العقد ذاته ، ومن ثم ، فان السبب بهذا المعنى ، ليس أساسا فنيا لتنفيذ الالتزامات العقدية .

ويترتب على ذلك ، أن الباعث الدافع يتغير من عقد لآخر ، ومن عاقد الى عاقد آخر ، وبالتالي فليس هو المقصود ، في هذا المجال ، ذلك أن العوامـل والدوافع النفسية أمر صعب التحقق منه في مجال العقود بصفة عامة والعقود الملزمة للجانبين بصفة خاصة باعتبارها هي المجال الذي تطبق فيه نظرية الفسخ .

المعنى الثالث : السبب القصدي   La Cause Finale

يقصد بالسبب القصدى في العقود الملزمة للجانبين ، تلك الغاية المباشرة التي يتوخاها كل متعاقد ، من جراء ابرامه للعقد (1).

ويعود مفهوم السبب بهذا المعنى ، الى القانون الروماني ، الذى عرفه بعد أن تخلص من بعض الشكليات ، وبرزت الى الوجود العقود الرضائية ، الا أنه كـان قاصرا على وجوب توافره عند تكوين العقد فقط لا بعد تكوينه .

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 215 . الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص 197 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 199 . الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ص 346 . الدكتور توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، نظرية العقد ، مطبعـة التقدم بالاسكندرية ص 169 ، الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ص 153 ومابعدها . والوسيط ج 1 لنفس المؤلف ص 436 ومابعدها . الدكتور وحيد الدين سوار ، القانون المدني الجزائرى طبعة 1975 ص 106 . الدكتور محمد حسنين ، الوجيز في نظرية العقد ونظرية الالتزام في القانون المدني الجزائرى ، مطبوعة جامعية لمعهد الحقوق ، السنة الدراسيـة 1980/1981 ، ص 59 .

ولقد بقي الوضع على هذا النحو ، الى أن جاء الفقهاء الفرنسيون في القرن السابع عشر ، وصاغوا نظرية محبوكة الأطراف[1] ، تقوم على التفرقة بين السبب باعتباره الغرض المباشر ، والسبب باعتباره الغرض البعيد ، وأخذوا بالأول دون الثاني ، في مجال ابرام العقود وتنفيذها .

ومنذ ذلك الحين ، بدأت فكرة السبب ، بمعنى السبب القصدى ، تهيمن على جانب كبير من تفكير الفقهاء باعتبارها سببا فنيا في ابرام العقود ، وأنها لا تختلف من متعاقد لآخر ، ولا تأثير عليها للنوايا والدوافع التي دفعت المتعاقد الى التعاقد .

وقد حددت النظرية التقليدية السبب القصدى في العقود بحسب تقسيماتها ، فيكون سبب المتعاقد طبقا لطبيعة العقد المزمع ابرامه .

وقد ترتب على ذلك ، أن السبب في العقود الملزمة للجانبين ، هو أن التزام كل متعاقد سبب لالتزام المتعاقد الآخر .

ففي مجال عقد البيع ، يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع ، هو سبب التزام المشترى بدفع الثمن ، وسبب التزام هذا الأخير بدفع الثمن هو سبب التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع ، وما قيل بشأن عقد البيع ، يصح بالنسبة الى جميع العقود الملزمة للجانبين .

وتجدر ملاحظة ، أن فكرة السبب ، بمعنى السبب القصدى ، قد كانت في بداية الأمر ، يجب أن تتوافر عند تكوين العقد فقط ، ولذلك فان تخلفها كان يؤدى بطبيعة الحال الى بطلان العقد ، لا الى فسخه .

غير أن فكرة السبب في مفهومها الواسع ، وما طرأ عليها من تعديل ، وخاصة من طرف الفقيه الفرنسي كابيتان[2] ، قد جعل السبب القصدى ، مطلوبا ليس عند تكوين العقد ، فحسب ، بل وعند تنفيذه أيضا .

وقد ترتب على ذلك أن تخلف السبب القصدى عند ابرام العقد يكون الجزاء المترتب عليه ، هو بطلان العقد لعدم وجود سببه .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص 237 .

(2) أنظر في ذلك مقال الدكتور بشرى جندى ، نظرية السبب ، مجلة قضايا الحكومة المصرية ، المرجع السابق ص 43 .

أما اذا تخلف عند تنفيذ العقد ، فيكون الجزاء هو فسخ العقد ، بدلا من بطلانه ، على أساس أن الالتزامات الناشئة من العقد مرتبطة ومتقابلة بين الطرفين، وسبب وجود ها هو من أجل تنفيذ العقد .

ولذلك ، فان عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته ، يجعل الطرف الآخر ملتزما دون سبب ، الأمر الذى يخول له أن يطالب بالتحلل من الرابطة التعاقدية عن طريق فسخ العقد [1] ، وبالتالي تزول التزاماته نحو المتعاقد الآخر الذى تقاعس عن التنفيذ أو استحال عليه ذلك ، للسبب الأجنبي ، فيكون الفسخ بحكم القانون .

هذه هي الفكرة التي أسس عليها جانب من الفقه نظرية فسخ العقد ، ورأى أنصارها ، أن السبب القصدى عنصر فني في العقود ، يستمر وجوده مطلوبا الى أن تنفذ التزاماتها ، ولا يكفي وجوده عند انشائها فقط .

غير أن تأسيس نظرية الفسخ على فكرة السبب القصدى ، فكرة منتقدة من عدة جوانب قانونية نستعرضها فيما يلي :

* * *

المطلب الثاني

الانتقادات الموجهة لفكرة السبب كأساس للفسخ

بالاضافة الى ما وجه الى نظرية السبب في مفهومها العام من انتقادات عنيفة من عدة نواح ليس هنا مجال ذكرها [2] ، فانها لا تصلح كأساس للفسخ لتخلف السبب القصدى الذى يجب توافره في العقود الملزمة للجانبين ، وذلك للأسباب التالية :

أولا : يؤخذ على فكرة السبب ، كأساس للفسخ ، أنها فكرة عاجزة عن تفسير السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي ازاء طالب الفسخ .

(1) أنظر : الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص 340 . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 334 . الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية طبعة 1974 ص 584 .

(2) أنظر تفصيلا لتلك الانتقادات ، الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ، ج 1 المرجع السابق ، ص 445 ومابعدها .

أما اذا تخلف عند تنفيذ العقد ، فيكون الجزاء هو فسخ العقد ، بدلا من بطلانه ، على أساس أن الالتزامات الناشئة من العقد مرتبطة ومتقابلة بين الطرفين ، وسبب وجود ها هو من أجل تنفيذ العقد .

ولذلك ، فان عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته ، يجعل الطرف الآخر ملتزما دون سبب ، الأمر الذى يخول له أن يطالب بالتحلل من الرابطة التعاقدية عن طريق فسخ العقد [1] ، وبالتالي تزول التزاماته نحو المتعاقد الآخر الذى تقاعس عن التنفيذ أو استحال عليه ذلك ، للسبب الأجنبي ، فيكون الفسخ بحكم القانون .

هذه هي الفكرة التي أسس عليها جانب من الفقه نظرية فسخ العقد ، ورأى أنصارها ، أن السبب القصدى عنصر فني في العقود ، يستمر وجوده مطلوبا الى أن تنفذ التزاماتها ، ولا يكفي وجوده عند انشائها فقط .

غير أن تأسيس نظرية الفسخ على فكرة السبب القصدى ، فكرة منتقدة من عدة جوانب قانونية نستعرضها فيما يلي :

* * *

المطلب الثاني

الانتقادات الموجهة لفكرة السبب كأساس للفسخ

بالاضافة الى ما وجه الى نظرية السبب في مفهومها العام من انتقادات عنيفة من عدة نواح ليس هذا مجال ذكرها [2] ، فانها لا تصلح كأساس للفسخ لتخلف السبب القصدى الذى يجب توافره في العقود الملزمة للجانبين ، وذلك للأسباب التالية :

أولا : يؤخذ على فكرة السبب ، كأساس للفسخ ، أنها فكرة عاجزة عن تفسير السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي ازاء طالب الفسخ .

(1) أنظر : الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص 340 . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 334 . الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية طبعة 1974 ص 584 .

(2) أنظر تفصيلا لتلك الانتقادات ، الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ، ج 1 المرجع السابق ، ص 445 ومابعدها .

وقد رأينا من قبل أن مفهوم السبب باعتباره باعثا دافعا الى التعاقد ، لا يمكن أن يكون أساسا للفسخ ، لأنه متغير من متعاقد لآخر[1] ، ولأنه موجود خارج العقد ، بينما الأساس القانوني الذي تبنى عليه نظرية الفسخ يجب أن يكون فنيا موجودا داخل العقد ذاته .

وقد ترتب على هذه الانتقادات التي وجهت الى فكرة السبب كأساس للفسخ ، أن ذهب بعض الفقهاء الى تأسيس الفسخ على فكرة العدالة وهو ما نستعرضه فورا على النحو التالي :

* * *

المبحث الرابع

فكرة العدالة كأساس للفسخ

المطلب الأول

فكرة العدالة ومدى أثرها على العقد

ذهب فريق من الفقهاء حديثا[2] الى تأسيس نظرية الفسخ على أساس فكرة العدالة ، اذ تقضي العدالة في مجال العقود الملزمة للجانبين ، بعدم التزام أحد أطراف العقد ، بعقد لم ينفذه الطرف الآخر .

ويترتب على ذلك عدم الابقاء على هذا العقد والا كان ذلك منافيا لمقتضى العدالة التي تحكم العلاقة التعاقدية بين المتعاقدين ، ليس فقط عند ابرام العقود ، وانما عند تنفيذها ، وهو المهم ، وخاصة في العقود الملزمة للجانبين ، اذ لا فائدة من تكوينها تكوينا صحيحا ، دون تنفيذها من الجانبين معا ، وليس من جانب واحد .

---

(1) يلاحظ أن النسخة العربية قد ذكرت في المادة 3 3 ف 1 بأن السبب هو في الالتزام ، ثم عادت في ف 2 فذكرت أن السبب هو المذكور في العقد ، فيجب التوحيد بين الفقرتين ، أنظر التعليق الذي جاء به الدكتور علي علي سليمان على ذلك في محاضرة ألقاها في جامعة وهران في 5 ماي سنة 1976 ص23 .

(2) أنظر : الدكتور عبد المنعم البدراوي ، المرجع ص 585 ، الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص 327 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 405 .

وفي هذا الصدد يقول أنصار هذه الفكرة بأنه (1) ، يصعب البحث عن أساس الفسخ دون النظر الى فكرة العدل التي قام عليها ، في القانون الكنسي ، واستندت اليه دعوى الاسترداد ، في القانون الروماني ، فاذا اختل التوازن بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، بامتناع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه ، أسفر بقاء العقد عن ظلم يحيق بطرفه الآخر ، لامناص من رفعه عنه الا بتقرير حق له في الالتجاء الى القاضي للتحلل منه .

ولذلك ، فليس الفسخ سوى تقرير لتلك القاعدة العادلة التي لا تسمح بقاء أحد المتعاقدين مقيداً بالعلاقة التعاقدية ، اذا كان المتعاقد الآخر ، لم يقدم ما يقابلها من أداءات ترتبت عن العقد الذي يربطه بالطرف الآخر .

وطبقا لهذا المفهوم لفكرة العدالة ، فانه لا يجوز أن نترك طرفا في العقد ملتزما بمفرده ، بل من العدل أن يتخلص من هذه الالتزامات عن طريق فسخ العقد ، فتتحقق بذلك العدالة المطلوبة بين المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين ، بعدما انقطعت المساواة والتوازن بينهما عند التنفيذ ، ذلك أن العدالة لا تتحقق الا عندما ينفذ كل متعاقد ما رتبه العقد عليه .

واذا كانت فكرة العدالة قد تغنى بها منذ التاريخ القديم ، الفلاسفة والفقهاء في مختلف العصور وفي مختلف المجالات ، فانها منتقدة باعتبارها أساسا للفسخ من عدة نواح نستعرضها فيما يلي :

* * *

المطلب الثاني

الانتقادات الموجهة لفكرة العدالة كأساس للفسخ

يمكن القول بادئ ذي بدء في هذا المجال ، أنه من السهل على الباحث في ميدان القانون ، أن يتبين الالتزامات التي يفرضها التشريع لأنه مدون ، ومن السهل أيضا ، أن يتبين ما يقضي به العرف ، لأنه ظاهر محسوس ، يعبر عن سلوك التعامل الذي تعارف الناس عليه فترة من الزمن .

---

(1) الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 404 ومابعدها .

لكن الأمر يختلف بالنسبة الى فكرة العدالة ، اذ يجد الباحث نفسه أمام فكرة واسعة من حيث مفهومها العام ، تكاد تشمل كل الأنظمة القانونية ، سواء كان لها أساسها القانوني أو لم يكن .

ثم ان فكرة العدالة ، ليست بالفكرة الجديدة ، فقد كانت مجالا للبحث من فقهاء وفلاسفة منذ العهد اليوناني ، اذ عبر عنها أرسطو بقوله (من العدل أن نتطلع الى روح القانون لا الى حروفه ، والى الكل لا الى الجزء . . .)[1] .

ويفهم من ذلك أن فكرة العدالة تتعدى النظام القانوني الواحد أو نظرية قانونية معينة ، لتشمل جميع الأنظمة القانونية بصرف النظر عن موقعها بالنسبة الى فروع القانون بصفة عامة .

ولقد عبر عنها أيضا الفقه الروماني بأنها (هي الفكرة التي تعطي لكل ذي حق حقه)[2] .

وعليه ، فالعدالة لا تتصل بالسلوك الباطني للشخص فحسب ، بل تتعدى ذلك الى سلوكه الظاهري ، فهي تلزمنا بما هو واجب علينا نحو غيرنا ، من تحقيق العدالة ، ومجالاتها واسعة جدا ، وليست قاصرة على مجال العقود الملزمة للجانبين فحسب .

أما في مجال الفقه الاسلامي والشريعة الاسلامية بصفة عامة ، فلفكرة العدالة مفهوم واسع ، وفي هذا الصدد يقول الامام الغزالي ، بصدد المعاملات بأنه (اذا اقتصر التاجر على العدل كان من الصالحين . . .) ويضيف قائلا ومخاطبا جميع المتعاملين في المجتمع (. . . وليلزموا اتباع طريق العدل والاحسان في المعاملة)[3] .

وفكرة العدالة ، وفقا لهذا المفهوم في الفقه الاسلامي هي السبيل الوحيد التي ينبغي أن يسير الشخص على هداه في معاملاته مع غيره .

---

(1) أنظر في ذلك ، عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ، المرجع السابق ، ص 293 .
(2) أنظر تعريف الفقيه الروماني أولبيان للعدالة ، مشار اليه في مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، عبد الجبار ناجي الملا صالح ، المرجع السابق ص 293 .
(3) أنظر : الامام الغزالي ، احياء علوم الدين ، الجزء الثاني ص 37 .

غير أن هذا لا ينبغي قصره على مجال التجارة ، بل يجب أن يعمل الفرد في المجتمع من أجل تحقيقه في جميع الميادين ، ومن ثم ، فإن فكرة العدالة ليست الأساس الفني الذي نحن بصدده فحسب .

وغني عن البيان ، أن فكرة العدالة في الوقت الحاضر ، قد أخذت مفهوما واسعا أكثر مما كان من العصور الغابرة ، بل انها أخذت الى جانب طابعها القانوني ، طابعا سياسيا ، وذلك بالنظر الى التغيرات التي لحقت بالواقع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في حد ذاتها .

وبناء على هذا كله ، فإن الباحث في مجال القانون ، لا يستطيع انكار مدى أثر فكرة العدالة في النظم القانونية منذ القديم ، اذ التطلع اليها يجعل احترام الفرد في الحياة الاجتماعية هدفا أساسيا ، ونهائيا للقانون ، اذ أن قواعده بصفة عامة تتجاوز الحماية الفردية ، الى العلاقات الموجودة بين الأفراد [1] .

غير أن علاقات الأفراد في أي مجتمع من المجتمعات ، لا تقتصر على نظام قانوني معين ، ومن هنا ، فإن فكرة العدالة لا تصلح أساسا لنظرية الفسخ للأسباب التالية :

أولا — فكرة العدالة مرنة :

ليست العدالة ، كما سبق القول ، قاصرة على مجال معين من مجالات القانون ، بل تشمل جميع الأنظمة والنظريات القانونية .

ويترتب على ذلك أن الأخذ بفكرة العدالة أساسا للفسخ ، دون غيره من الأنظمة القانونية الأخرى ، يضيق من تطبيق فكرة العدالة في حد ذاتها ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فإن الفسخ كما عرفنا من قبل ، لا يجوز الا في العقود الملزمة للجانبين ، بينما العدالة مطلوبة في جميع العقود ، بصرف النظر عن تقسيماتها وأنواعها وطوائفها المختلفة .

---

(1) أنظر : هنري باتيفول ، فلسفة القانون ، ترجمة الدكتور سموحي فوق العادة ، الطبعة الأولى 1972 ، ص 95 ومابعدها .

ثانيا ـ فكرة العدالة ليست أساسا فنيا :

من المفروض في الأساس القانوني الذي تبنى عليه أية نظرية من النظريات القانونية ، أن يكون أساسا فنيا دقيقا ، لكي ينير السبيل أمام القاضي الذي يعرض عليه النزاع في مسألة فسخ العقد ، وحتى يهتدي به الباحث في مجال العلوم القانونية خلال دراسته ، لايجاد الحلول الصائبة للمسائل القانونية .

فاذا أمعنا النظر في فكرة العدالة ، وفقا لهذا المفهوم الذي يجب أن يتضمنه الأساس القانوني ، فان فكرة العدالة لا يتوافر فيها ذلك ، وبالتالي فانها لا تصلح أساسا لقيام نظرية الفسخ ، لأننا اذا أخذنا بها وفقا لما هي عليه ، سوف تختلف الأحكام القضائية في هذا الصدد وفقا لاختلاف وجهات النظر لكل قاض على انفراد ، في حين أن الأساس الذي يكون فنيا لا تثار بشأنه الاختلافات في الأحكام لأن وجهات النظر في شأنه تكون واحدة .

ثالثا ـ فكرة العدالة ليست قاصرة على عاقد دون آخر :

لا شك في أن الأخذ بفكرة العدالة كأساس للفسخ ، يعني بطريقة غير مباشرة ، جعلها فكرة قاصرة على خدمة المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ ، وهو دائما يحتل مركز الدائن في العقد ، دون البحث عنها ، بالنسبة الى المتعاقد الآخر ، الذي لم ينفذ التزامه ، وهو دائما في مركز المدين ، ذلك لأن الفسخ أساسا وجد لمصلحة الدائن وحده ، في حين أن فكرة العدالة ، في طبيعتها وجوهرها ، تبحث عن حق كل من الدائن والمدين معا دون تمييز بينهما .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فاذا سلمنا بأن العدالة هي أساس نظرية الفسخ ، فكأننا أجزنا ، للمدين في بعض الحالات ، أن يطالب بفسخ العقد ، وهو ما يخالف مضمون نظرية الفسخ التي جاءت بها القوانين الحديثة ومنها بطبيعة الحال القانون المدني الجزائري ، من أجل حماية حق الدائن لا المدين .

رابعا ـ فكرة العدالة طابعها أخلاقي :

ان العدالة في حقيقة الأمر ، ما هي الا فكرة أخلاقية[1] ، تستهدف اقامة

---

[1] أنظر : الدكتور توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ، رسالة دكتوراه 1957 ، ص 12 وما يليها .

التوازن ، والمساواة في المجتمع ، في جميع مجالاته ، ومنها مجال المعاملات .

ولما كانت ، يغلب عليها الطابع الأخلاقي ، بل لا يمكن الفصل بينها وبين مفهوم الأخلاق ، فان الأخذ بها كأساس لقيام نظرية الفسخ ، يؤدى الى سد الطريق أمام الباحث الذى يبحث عن ايجاد وسائل فنية محددة لنظرية من النظريات القانونية التي هي بدورها تستهدف تحقيق العدالة .

غير أن العدالة التي نقصدها هنا ، ليست كأساس فني لأية نظرية قانونية ، وانما العدالة ، كمبدأ عام ، تعمل من أجل تحقيقه كافة النظم القانونية سواء كانت من القانون العام أو من القانون الخاص ، وتستهدفه أيضا جميع قواعد الأخلاق في مفهومها العام .

وبناء على ذلك ، فان فكرة العدالة التي ذهب بعض الفقهاء الى الأخذ بها كأساس للفسخ ، لا تصلح في نظرنا لقيام هذه النظرية ، لأنها فكرة مرنة ، تشمل كل الأنظمة القانونية والأخلاقية ، بينما الفسخ لا يتعدى مجال تطبيقه العقود الملزمة للجانبين كما حددته نصوص القانون المدني الجزائري نفسها [1] ، وبقية التشريعات الحديثة [2] .

لذلك فقد ذهب البعض الآخر الى البحث عن أساس لنظرية الفسخ في فكرة ارتباط الالتزامات وهو ما نستعرضه فيما يلي :

* * *

المبحث الخامس

فكرة ارتباط الالتزامات كأساس للفسخ Interdépendance

المطلب الأول

مفهوم ارتباط الالتزامات وأثر انقطاعه على العقد الملزم للجانبين

أشرنا سابقا الى أن فكرة السبب كانت مجالا لجدل فقهي دام فترة من الزمن ، وقد أدى ذلك ، الى انكار وجودها ، تماما ، والاستغناء عنها ، بفكرة ارتباط

(1) راجع المواد 119 ، 120 ، 121 ، 123 من القانون المدني الجزائري ، اذ لا يتجاوز نطاق تطبيقها العقود الملزمة للجانبين .

(2) راجع المواد 157 ، 158 ، 159 من القانون المدني المصرى ، فهي قاصرة على العقود الملزمة للجانبين .

الالتزامات المتقابلة بين المتعاقدين ، التي يمكن بواسطتها الوصول الى نفس النتائج والحلول القانونية ، التي قال بها السببيون .

ذلك أن العقود الملزمة للجانبين ، يعود فيها حق المتعاقد الذى لم يحصل على حقوقه ، في فسخ العقد ، الى الترابط الذى يحكم العلاقة التعاقدية ، بعد نشوئها صحيحة ، مستوفية لجميع أركانها ، وشرائطها ، وليس لفكرة السبب التي قال بها أنصار نظرية السبب التقليدية .

ونكرة الارتباط بين الالتزامات ، هي عملية فنية ، في العقود الملزمة للجانبين ، تستوجب بقاء الالتزامات المتقابلة ، مترابطة ارتباطا وثيقا ، بين الطرفين المتعاقدين ، لأن رضاء كل منهما بالالتزامات التي تثقل عاتقه ، انما يقوم على اعتبار أن المتعاقد الآخر ، قد تحمل بدوره التزاماته (1) .

ولذلك يترتب على انعدام فكرة ترابط الالتزامات من قبل أحد الجانبين ، الاخلال بالرباط الفني الذى يحكم العلاقة التعاقدية في جميع أجزائها ، مما يؤدى تبعا لذلك ، الى سقوط الالتزامات الأخرى المقابلة لها ، لأن طبيعة العقد في حد ذاتها ، تقتضي ألا يكون هناك التزام لا يقابله التزام آخر ، في العقود الملزمة للجانبين (2) .

وفي هذا المجال يقول الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى(3) ، وهو أحد أنصار فكرة ارتباط الالتزامات : ان فكرة الارتباط ، من الناحية الفنية ، هي أدق من فكرة السبب ، ذلك أن انعدام السبب ، جزاؤه البطلان ، كما هو معروف ، فاذا انعدم السبب عند تكوين العقد ، أو بعد تكوينه ، كان من الواجب أن يكون الجزاء واحدا في الحالتين ، ولكننا نرى أن العقد يبطل في الحالة الأولى ، ويفسخ في الحالة الثانية ، وفي هذا التفريق عيب فني واضح .

---

(1) أنظر في هذا الصدد : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص 242 .
الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى الوسيط ج 1 المرجع السابق ص 445 ومابعدها .
الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المبادىء الأساسية في نظرية الالتزام ، طبعة 1974 ص 363 ومابعدها .

(2) أنظر في هذا الصدد : الدكتور عبد الرحمن عياد ، أساس الالتزام العقدى النظرية والتطبيقات ، طبعة 1972 ، ص 171 ومابعدها .

(3) راجع الوسيط ، ج 1 المرجع السابق ، ص 445 ومابعدها .

ويضيف قائلا بصدد فكرة الارتباط وحلولها محل فكرة السبب : انها أكثر مرونة ، اذ هي تسمح بأن نقول بالبطلان اذا انعدم أحد الالتزامين عند تكوين العقد ، لأن منطق فكرة الارتباط يقتضي بعدم وجود العقد ، وتسمح بأن نقول في الوقت ذاته ، بفسخ العقد ، اذا انقطع أحد الالتزامين بعد ، أن نشأ صحيحا مستوفيا لجميع أركانه .

وبناء على هذا المفهوم لفكرة ارتباط الالتزامات(1) ، فان فسخ العقد لا يقوم على فكرة السبب ، بل على أساس ترابط الالتزامات المتقابلة ، اذ أن التحلل من التعهد من أحد الطرفين ، يسمح للمتعاقد الآخر ، بأن يتحلل من جانبه مما رتبه العقد على عاتقه ، من التزامات ، وذلك عن طريق فسخ العقد .

هذه هي فكرة الارتباط التي استند اليها فريق من الفقه الحديث لتأسيس نظرية الفسخ ، وقد وجهت اليها ، هي الأخرى انتقادات نستعرضها فيما يلي :

* * *

المطلب الثاني

الانتقادات الموجهة لفكرة ارتباط الالتزامات ومدى صحتها

لم تسلم فكرة ارتباط الالتزامات ، باعتبارها أساسا للفسخ من الانتقاد ، اذ يرى فريق من الفقه (2) ، أن فكرة الارتباط بدورها تتسم بغموض لا يقل عن غموض فكرة السبب ، وذلك من ناحيتين :

أولا — أن فكرة الارتباط لا يوجد لها تحليل قانوني الا عن طريق تفسيرها بفكرة السبب ، ومن ثم يكون أساس الفسخ هو السبب ، وليس الارتباط .

---

(1) يلاحظ أن أول من قال بهذه الفكرة ، هو الفقيه الفرنسي بلانيول عندما كان يهاجم نظرية السبب ، وتبعه في ذلك جانب من الفقه الحديث .

(2) أنظر في هذا الصدد : الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 232 . الدكتور وحيد الدين سوار ، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، رسالة دكتوراه ، الطبعة الثانية ، ص 436 . الدكتور عبد الحي حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، ص 323 .

ثانيا — ان الأخذ بفكرة الارتباط ، كأساس للفسخ ، يتعارض مع نشأة نظرية الفسخ ، فهي قد نشأت في ظل القانون الكنسي الذي لم يكن يعرف فكرة الارتباط بمفهومها اليوم .

والواقع هو أن هؤلاء الفقهاء كانوا يدافعون عن فكرة السبب أكثر من البحث عن أساس لنظرية الفسخ ، ولذلك فان انتقاداتهم يمكن الرد عليها بحجج مستمدة من نفس الانتقادات وذلك على النحو التالي :

أولا — ان القول بأن فكرة الارتباط بين الالتزامات ليس لها تحليل قانوني ، الا عن طريق تفسيرها بفكرة السبب ، هو نفس الانتقاد الذي يوجه الى السبب ، اذ لا يمكن بأي حال من الأحوال تحليل فكرة السبب في العقود الملزمة للجانبين الا عن طريق تفسيرها بترابط الالتزامات التعاقدية .

ومن ثم فليس هناك حقيقة علمية تثبت لنا حتى الآن أن فكرة السبب هي السابقة في الوجود على فكرة ارتباط الالتزامات لكي يصح الانتقاد .

ثانيا — ليس صحيحا الادعاء بأن فكرة الارتباط متعارضة مع نشأة نظرية الفسخ ، بل بالعكس ، لقد أثبتنا فيما تقدم أن القانون الروماني لم يكن يعرف نظرية الفسخ ، لأنه لم يكن يعرف فكرة الارتباط ، وكذلك الأمر بالنسبة الى الشريعة الاسلامية .

يضاف الى ذلك أن تطبيقات الفسخ كانت موجودة منذ القديم ، رغم أن فكرة السبب لم تكن معروفة اطلاقا .

ويترتب على ذلك أن التعارض ، الذي يراه البعض ، هو تعارض وهمي ليس فيه أي جانب من الصحة .

ثالثا — ان القول بأن الأخذ بفكرة الارتباط كأساس لفسخ العقد ، هو أخذ بفكرة السبب بطريق غير مباشر ، قول لا مبرر له ، لأن نفس الانتقاد يوجه الى فكرة السبب ، بحيث أن من يسند نظرية فسخ العقد الى السبب ، كأنه يأخذ بفكرة ارتباط الالتزامات دون شعور بذلك .

يضاف الى ما تقدم أن طبيعة العقود الملزمة للجانبين تتفق مع فكرة ارتباط الالتزامات كأساس للفسخ ، أكثر من غيرها ، ذلك أنها بمجرد نشوئها سليمة وصحيحة ، تتولد عنها التزامات في كلا الجانبين ، ومن ثم لا يمكن الحديث عنها بالنسبة الى متعاقد دون آخر .

وعليه فاذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته ، وكان ذلك بارادته ، أو استحال عليه التنفيذ لسبب أجنبي ، فان الارتباط الذي يربطه بالمتعاقد الآخر ، ينفسخ من جانب واحد ، مما يصح معه القول بأن من حقه أن يطالب بفسخ العقد ، لأن القانون يحمي المتعاقد الذي نفذ التزامه ، أو يكون مستعدا لتنفيذه ، من المتعاقد الآخر الذي لم يقم بالتزامه أو استحال عليه التنفيذ .

وهكذا ، نحن نرى ، الى جانب الفريق الذي نادى بفكرة الارتباط ، أنها خير أساس يمكن أن تقوم عليه نظرية فسخ العقد ، لما فيها من دقة ، ولا مجال معها للاحتمالات .

* * *

الفصل الثالث

الفســـخ وما يتصل به من أنظمة قانونية

مما لا شك فيه أن نظام الفسخ ، باعتباره نظاما قانونيا يهدف الى حماية القوة الملزمة للعقد ، كقاعدة عامة ، والى حماية الدائن في العقود الملزمة للجانبين بصفة خاصة ، ليس هو النظام القانوني الوحيد الذي يهدف الى ذلك ، بل توجد الى جانبه أنظمة قانونية أخرى تهدف بطرق مختلفة الى تحقيق نفس الغاية .

وليس نظام الفسخ أيضا هو السبيل الوحيد لحل الرابطة التعاقدية(1) ، بل توجد أنظمة قانونية أخرى ، يؤدي تطبيقها الى انحلال العقد ، ومع ذلك لا يدخل مفهومها في مفهوم الفسخ الذي هو موضوع هذا البحث ، وذلك لاختلاف القواعد التي تبنى عليها بالنظر الى قواعد نظرية الفسخ .

ولما كان لنظام الفسخ صلة عديدة ببعض الأنظمة القانونية ، فقد رأيت أن من الضروري استعراض هذه الأنظمة عن طريق المقارنة ، لبيان مدى علاقة الفسخ بها ، من جهة ، ومن جهة أخرى ، لبيان المجال الذي يختلف فيه الفسخ عنها ، وذلك على النحو الآتي :

* * *

---

(1) أنظر : الدكتور صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود ، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، ج 2 الطبعة الثانية 1972، دار العلم للملايين ، بيروت ، ص 435 ومابعدها .

المبحث الأول

الفسخ والبطلان

المطلب الأول

مفهوم البطلان La Nullité

من المعروف في فقه القانون المدني ، أن العقد ، إما أن يكون صحيحا ، وإما أن يكون باطلا بطلانا مطلقا ، أو بطلانا نسبيا ، أو كما يقول القانون المدني الجزائري في المادة 105 ، قابلا للابطال .

ولكي يكون العقد صحيحا لا بد أن تكون أركانه جميعا قد توافرت ، وسلمت من الخلل الذي قد يصيبها ، كعدم مراعاة بعض القواعد القانونية التي يوجبها المشرع عند تكوين العقد . (1)

وفي هذا المجال نجد المشرع الجزائري قد نظم القواعد والشروط لاعتبار العقد صحيحا ، في نصوص قانونية متعددة ، تبدأ من المادة 59 الى المادة 98 من القانون المدني .

ثم عقّب على ذلك مباشرة بتنظيم الجزاء المترتب على عدم احترامها في نصوص أخرى تبدأ من المادة 99 الى المادة 105 .

ولقد تضمنت هذه المواد نظرية البطلان (2) ، الذي يؤدي الى انعدام الأثر القانوني لكل عقد تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته (3) .

ومن ثم ، فان البطلان ، هو عبارة عن جزاء عام ، وضعه المشرع بالنسبة الى جميع العقود ، وبصرف النظر عن كونها ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد .

---

(1) أنظر : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 223 فقرة 110 . الدكتور حسن الذنون ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، نظرية العقد ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العالية طبعة 1956 ص 73 .

(2) يلاحظ في هذا المجال ، على الترتيب الذي أورده المشرع الجزائري في القسم الثاني ، من الفصل الثاني من الكتاب الثاني ، أنه ترتيب لا يتفق مع المنطق القانوني ، ذلك أنه وضع نظرية بطلان العقد ، تحت عنوان شروط انعقاد العقد ، وكان من الأفضل أن يفصل شرعا بين الشروط والجزاء المترتب على تخلفها .

(3) أنظر : الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والمصري ، دار الطباعة والنشر بيروت عام 1974 ص 320 . الدكتور محمد لبيب شنب ، موجز في مصادر الالتزام ، المصادر الارادية العقد ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت عام 1975 ص 216 .

غير أن هذا الجزاء يختلف ، من حيث القوة والصرامة ، باختلاف نوع القاعدة القانونية التي أوجبها المشرع ، ولم تراع عند تكوين العقد ، بحيث اذا تخلف ركن من أركان العقد ، كان الجزاء هو البطلان المطلق .

أما اذا توافرت أركانه جميعا ، ولكن أحد المتعاقدين كان ناقص الأهلية ، أو أصاب ارادته عيب من عيوب الارادة ، كان الجزاء أقل صرامة ، وهو قابلية العقد للابطال (1) .

ولذلك ، فان البطلان ، يعني انعدام الأثر القانوني ، للعقد الذى لم تحترم فيه القواعد التي أوجبها المشرع ، في العقد ، والبطلان لا يخرج عن كونه بطلانا مطلقا ، أو قابلية للابطال ، وهو التقسيم الثنائي الذى يأخذ به الفقه الحديث ، وتترتب عليه عدة نتائج قانونية هامة هي :

- اذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، فان حكمه من الناحية القانونية ، يعتبر غير موجود ، وبالتالي فليست له آثار قانونية ، بينما اذا كان العقد قابلا للابطال ، فهو موجود ومنتج لآثاره الى أن يتقرر ابطاله .
- كذلك فان العقد الباطل بطلانا مطلقا ، لا يمكن ازالة بطلانه ، بالاجازة أو بالتقادم ، ولا يجوز تصحيحه ، أما اذا كان قابلا للابطال ، فالأمر على العكس ، تماما . الى جانب ذلك ، فالعقد الباطل بطلانا مطلقا يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، في حين أن العقد القابل للابطال ، لا يتمسك بطلب ابطاله الا من شرع الابطال لمصلحته .
- يضاف الى ذلك أن العقد الباطل بطلانا مطلقا ، لا يحتاج فيه الأمر الى استصدار حكم قضائي بشأنه ، وللمحكمة أن تحكم ببطلانه من تلقاء نفسها ، ولو لم يطالب بذلك أى شخص ، في حين أنه لابد من استصدار حكم ، بناء على طلب أحد المتعاقدين ، عندما يكون العقد قابلا للابطال .

---

(1) راجع حكم المواد من 54 الى 97 من القانون المدني الجزائرى اذ تجد الجزاء فيها هو القابلية للابطال .

غير أننا نلاحظ ، أن هذه الأهمية من حيث التمييز ، تزول بين النوعين بمجرد تقرير ابطال العقد الذى كان قابلا للابطال ، اذ تصبح الآثار المترتبة على ... البطلان بنوعيه ، واحدة ، يستوى فيها البطلان المطلق ، والقابلية للابطال ، لأن الحكم ، بابطال العقد ، معناه زوال كل الآثار التي ترتبت عليه بأثر رجعي ، يستند الى وقت ابرامه لا الى وقت الحكم بابطاله .

ولذلك ، فان الحكم ببطلان العقد ، يترتب عليه ، اعتباره ، كأن لم يكن من قبل ، وهذا يعني اعادة الوضع الى ما كان عليه المتعاقدان من قبل ، مما يؤدى الى مطالبة كل متعاقد الآخر ، بأن يرد ما تسلمه منه ، فاذا استحال ذلك ، جاز الحكم بالتعويض العادل ، وهو ما قضت به المادة 103 من القانون المدني الجزائرى .

ونجد ر ملاحظة ، أن حكم البطلان ، وما يرتبه من اعادة الحال الى ما كانت عليه من قبل ، هو حكم لقاعدة عامة ليس قاصرا على المتعاقدين فقط ، فقد يمس الغير أيضا ، مع استثناء عقود المدة التي يتقرر ابطالها ، وكذلك الغير حسن النية ، الذى لم يكن يعلم ، بأن العقد باطل أو قابل للابطال ، وكذلك الأمر بالنسبة الى ناقص الأهلية[1] .

في جميع هذه الحالات ، رغم تحقق البطلان ، لا يمكن اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد .

واذا كان البطلان كما هو واضح على النحو السابق بيانه ، يؤدى الى اعتبار العقد كأن لم يكن ، وبالتالي الى ازالة ، الآثار التي يكون قد رتبها ، فانه يلتقي من هذه الزاوية بنظرية فسخ العقد التي لا تختلف عنه من هذه الناحية .

ثم ان البطلان النسبي يلتقي بالفسخ على وجه الخصوص ، لأنه يهدف في مفهومه الى حماية مصلحة أحد المتعاقدين ، دون المتعاقد الآخر[2] ، وهو ما ترمي اليه نظرية الفسخ أيضا ، اذ يستفيد منها الدائن دون المدين .

(1) أنظر تفصيلا لذلك : الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 223 وما يليها . الدكتور مصطفى محمد الجمال بالاشتراك مع الدكتور جلال علي العدوى ، أصول المعاملات ، دار الفكر العربي ، القاهرة ص 285 وما بعدها .

(2) أنظر في ذلك : بلانيول ، وريبير ، واسمان :
Traité pratique de droit civil français, tome VI, les obligations, 2 ème édition, Paris 1952, p. 731, N.228.

ورغم أن كلا من نظرية البطلان والفسخ يترتب على تطبيقهما انحلال الرابطة التعاقدية ، فان وجه الشبه الذى تلتقي فيه النظريتان ، لا يتعدى هذا الحد ، وتبقى لكل منهما قواعدها المختلفة ، التي يمكن ابرازها فيما يلي :

* * *

المطلب الثاني

اختلاف الفسخ عن البطلان

يتبين لنا مما تقدم بيانه ، أن فسخ العقد باعتباره نظاما قانونيا ، يختلف عن البطلان ، من عدة نواح قانونية ، كالسبب الذى يقوم عليه النظامان ، والنطاق الذى يعمل فيه كل منهما ، والوصف الذى يلحق بهما ، والسلطة التي يتمتع بها القاضي في هذين النظامين وهو ما نحاول شرحه أكثر تفصيلا فيما يلي :

أولا — من حيث السبب :

أول ما يلفت الانتباه لدى الباحث خلال مقارنته ، بين الفسخ والبطلان ، هو أن الأول يرجع سببه الى عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزامه ، ويكون في غالب الأحيان راجعا الى المدين نفسه أو الى السبب الأجنبي ، ويسمى في مثل هذه الحالة الأخيرة انفساخا وفقا لرأى أغلبية الفقهاء ، ويسميه البعض الآخر بالفسخ بقوة القانون .

أما سبب البطلان فانه لا يعود الى عدم التنفيذ ، بل يرجع الى تخلف أحد أركان العقد أو شرط من شروطه ، وهذا هو البطلان المطلق ، أما اذا كان بطلانا نسبيا ، أو قابلية الابطال وفقا للتعبير الحديث ، وهو ما أخذ به المشرع الجزائرى كما أسلفنا القول ، فان السبب في ذلك يرجع الى أن أحد المتعاقدين كان ناقص الأهلية ، أو أصيبت ارادته بعيب من عيوب الارادة . (1)

---

(1) قارن بين المواد 119 ، 120 ، 121 المتعلقة بالفسخ ، والمواد من 81 الى 97 المتعلقة بالبطلان بنوعيه ، اذ تجد في الأولى سببها عدم التنفيذ دون الثانية .

وبناء على ذلك فان عدم التنفيذ لا يصح القول بأى حال من الأحوال بأنه ، هو سبب قيام نظرية البطلان ، مهما كان نوعه .

وقد رأى أستاذنا الدكتور محمد حسنين في هذا المجال : أن بيع ملك الغير يكون قابلا للفسخ لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه . (1)

ولكننا لا نوافق أستاذنا في هذا النظر ، لعدة أسباب قانونية يمكن ايجازها فيما يلي : (2)

1 ــ لأن النصوص ، سواء في القانون المدني الجزائرى (المادة 397) ، أو في القانون المدني الفرنسي (المادة 1599) أو في القوانين العربية جميعها ، تنص صراحة على البطلان أو الابطال في مثل هذه الحالة لا على الفسخ .

2 ــ لأن الحكم بالفسخ كقاعدة عامة في مجال نظرية فسخ العقد العامة ، جوازى بالنسبة الى القاضي ، في حين أنه اذا رفع المشترى دعوى ابطال العقد ، في مجال بيع ملك الغير ، وجب على القاضي أن يحكم به .

3 ــ لأنه اذا طلب المتعاقد فسخ العقد ، وقام المتعاقد الآخر الذى لم يكن نفّذ التزامه ، بتنفيذ ، هذا الالتزام ، فان دعوى الفسخ في مثل هذه الحالة ترفض لانتفاء سببها ، بينما لو طلب المشترى ، في بيع ملك الغير الابطال ، ورفع الدعوى ، فعلى القاضي أن يحكم ، بالابطال ، ولو صار البائع مالكا .

4 ــ ولأنه اذا كان المشترى حسن النية ، فان له الى جانب طلب الابطال الحق في التعويض ، ولو كان البائع حسن النية هو الآخر ، في حين أن طالب الفسخ ، وفقا للقواعد العامة لنظرية فسخ العقد ، ليس له الحق في التعويض ، اذا كان الطرف الذى لم ينفذ التزامه حسن النية .

ثانيا ــ من حيث الوصف :

يرد الفسخ على العقود الملزمة للجانبين ، بعد أن تكون قد نشأت نشأة صحيحة ، ويترتب على ذلك ، أنها منتجة لآثارها القانونية منذ تكوينها ، وبالتالي

---

(1) راجع مطبوعته في عقد البيع ، السنة الجامعية 1980 ــ 1981 ، ص 10 ومابعدها .

(2) أنظر تفصيلا للآراء التي قيلت في بيع ملك الغير ، الدكتور علي علي سليمان ، مطبوعته في العقود الخاصة ، السنة الجامعية 1975 ــ 1976 ص 26 ومابعدها .

فالعقد قبل أن يرد عليه الفسخ ، عقد صحيح من جميع جوانبه القانونية ، في حين أن البطلان ، في جميع صوره ، وأنواعه ، يرد على عقود لم تنشأ منذ ابرامها نشأة سليمة ، بل يمكن تشبيهها بالطفل الذى يولد مريضا ، وعليه فان نظام الفسخ ، يكون دائما ودون استثناء لاحقا لابرام العقود . بينما البطلان ليس لاحقا لابرامها وانما هو معاصر لتكوينها من حيث وجوده .

ثالثا — من حيث النطاق :

أشرنا فيما تقدم ، في عدة مواضيع ، الى أن الفسخ بجميع أنواعه لا يطبق ، الا عندما يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين ، ذلك أن منطق نظرية فسخ العقد ، والمنطق القانوني على وجه الخصوص يقتضي ألا يتعدى نظام الفسخ الى عقود أخرى .

ففي مجال العقود الملزمة لجانب واحد ، لا يحقق ، فسخ أى عقد من هذا النوع ، اذ ليس ذلك من مصلحة الدائن .

بينما نظرية البطلان يجوز تطبيقها ، بصرف النظر عن كون العقد ملزما للجانبين ، أو ملزما لجانب واحد ، ذلك أن البطلان ليس سببه عدم التنفيذ ، كما هي الحال بالنسبة الى الفسخ ، بل له أسباب أخرى سبق بيانها .

وعليه فان مجال تطبيق البطلان أوسع بكثير من مجال تطبيق الفسخ ، الذى حددته جميع التشريعات الحديثة (1) ، بنصوص قانونية صريحة ، للعقود الملزمة للجانبين ، وهو ما قضت به المواد 119 ، 120 ، 121 ، 123 من القانون المدني الجزائرى .

رابعا — من حيث سلطة القاضي التقديرية :

الفسخ كقاعدة عامة ، يقع بحكم قضائي ، غير أن القاضي ليس مجبرا على أن يحكم في جميع الحالات لصالح الدائن به ، اذ يتمتع في هذا المجال بسلطة

---

(1) راجع القانون المدني المصرى المواد 157 ، 158 ، 159 ، 160 والقانون المدني السورى المواد 158 ، 159 ، 160 ، 161 ، والقانون المدني العراقي المواد 177 ، 178 ، 179 ، 180 .

تقديرية ، يستطيع وفقا لها ، الحكم بفسخ العقد وله أيضا أن يرفضه [1] ، وهو ما تقضي به المادة 119 من القانون المدني الجزائري .

بينما اذا تعلق الأمر بالبطلان ، فلا نجد للقاضي هذه السلطة التقديرية ، بل يجب عليه الحكم به ، متى توافرت شروطه القانونية .

وننتهي الى القول ، بأنه ، على الرغم من أن كلا من البطلان ، والفسخ يؤديان الى زوال العقد بأثر رجعي ، فان الفوارق الجوهرية السالفة الذكر ، تجعل لكل منهما قواعده ، وأحكامه الخاصة ، ولا يجوز الخلط بينهما .

* * *

المبحث الثاني

الفسخ والتقايل ، والانهاء بارادة منفردة

سبقت الاشارة الى أن الفسخ ، ما هو الا أحد الأسباب التي تؤدي الى انحلال العقد وزوال آثاره ، ولكنه ليس ، هو السبب الوحيد ، فقد ينحل العقد ، باتفاق الطرفين بعد ابرامه وتكوينه تكوينا صحيحا ، ويسمى في هذه الحالة تقايلا ، وقد ينحل أيضا بارادة منفردة ويسمى بالانهاء ومع ذلك فلكل نظام قواعده الخاصة .

ولكي يزول الالتباس بين هذين النظامين من جهة ، والفسخ من جهة أخرى ، ينبغي عرض المسألة فيما يلي على النحو الآتي :

* * *

المطلب الأول

مفهوم التقايل

Mutus Dissensus

المقصود من التقايل أو الاقالة ، في اللغة العربية ، هو الرفع أو الازالة ، اذ يقال مثلا ، أقال الله عثرتك ، ومعنى ذلك أزالها عنك . [2]

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج 6 ، المرجع السابق، ص 200 .

(2) يقول الرسول (ص) : من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة .

أما التقايل كاصطلاح قانوني ، فهو اتفاق ، يرد على العقد بعد أن يكون قد تمّ تكوينه تكوينا صحيحا ، يهدف من ورائه المتعاقدان الى حل الرابطة التعاقدية .

ولما كان التقايل يتم بناء على اتفاق لاحق لابرام العقد ، فانه يجوز استعماله بصرف النظر عن بدء التنفيذ ، أو عدمه ، ولا يجوز تطبيقه ، الا في مجال العقود الملزمة للجانبين ، شأنه في ذلك شأن نظرية فسخ العقد .

ومما لا شك فيه أن مبدأ التقايل ، يتفق مع المنطق القانوني الذي يشترط أن يكون تكوين العقد بالتراضي ، وفي نفس الوقت لا يصلح حله بالتراضي [1] ، وهو ما أخذت به التشريعات الحديثة ، ومنها القانون المدني الجزائري الذي يقضي بذلك في مادته 106 .

والتقايل باعتباره سببا من أسباب انحلال العقد ، قد عرفه الفقه الاسلامي ، مع اختلاف المذاهب في تكييف طبيعته القانونية . [2]

وتجدر ملاحظة ، أن القوانين العربية ، في معظمها ، لم تأخذ به صراحة ، في نصوصها ، وان كان مفهوم قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، الذي أخذت به ، يؤدي الى نفس الغرض الذي يرمي اليه مفهوم التقايل .

ذلك أن قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " تقضي بأنه لا يجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق الطرفين مما يوحي لنا بطريق غير مباشر ، جواز اقالة العقد بعد ابرامه ، وهو ما يستفاد من مضمون المادة 106 من القانون المدني الجزائري [3] .

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ص 436 ، الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، المرجع السابق ، ص 576 وما بعدها ، الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ص 470 وما بعدها . الدكتور عبد الرحمن عياد ، أساس الالتزام العقدي ، النظرية والتطبيقات ، طبعة 1972 ، ص 125 فقرة 72 .

(2) أنظر تفصيلا لذلك ، الدكتور حسن الذنون ، المرجع السابق ص 132 وما بعدها .

(3) راجع حكم المادة 147 من القانون المدني المصري ، اذ تجد نفس الحكم الموجود في المادة المذكورة في القانون المدني الجزائري ، في المتن .

ولما كان التقايل هو عبارة عن اتفاق الطرفين على حل الرابطة التعاقدية ، فانه يشبه من هذه الزاوية ، الفسخ الاتفاقي الذى يكون هو الآخر ، وفقا للمادة 120 من القانون المدني الجزائرى ، بناء على اتفاق سابق .

غير أن الفسخ لا يكون الا بصدد عدم التنفيذ ، في حين أن حل العقد بالتقايل سببه الاتفاق في حد ذاته ولا علاقة له بعدم التنفيذ .

يضاف الى ذلك أن التقايل كقاعدة عامة ، لا يجوز أن يستند أثره الى الماضي ، بل يقتصر على المستقبل فحسب [1] ، ومعنى ذلك أن التقايل الذى يحدث بعد البدء في التنفيذ ، لا يمس الآثار التي يكون العقد قد رتبها من قبل .

غير أن هذا القول يجب ألا يؤخذ على اطلاقه ، اذ لا يوجد من الناحية القانونية والمنطقية ما يمنع من أن يستند أثر التقايل الى الماضي اذا اتفق المتعاقدان على ذلك .

والشرط الوحيد في هذا المجال هو ألا يمس ذلك بحقوق الغير حسن النية [2] .

وبناء على ذلك ، فان التقايل وخاصة عندما يكون ذا أثر رجعي يشبه الفسخ الى حد ما .

غير أن هذا التقارب بين النظامين لا يجعل منهما نظاما واحدا بل يبقى كل منهما محافظا على قواعده الخاصة كما سوف نرى في حينه .

واذا كان للطرفين الحق في اقالة العقد ، وبالتالي حل الرابطة التعاقدية ، فانه يمكن الوصول الى نفس النتيجة ، ولكن عن طريق الانهاء بالارادة المنفردة ، وهو ما نستعرضه على التو :

* * *

---

(1) أنظر الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 394 . الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ص 620 .

(2) أنظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 773 فقرة 456 .

المطلب الثاني
انهاء العقد بارادة منفردة
Résiliation Unilatérale

عرفنا من قبل أن الأصل العام في العقود ، ونقا للنصوص القانونية ، أن العقد شريعة المتعاقدين ، لا يجوز نقضه ، ولا تعديله ، الا باتفاق المتعاقدين ، أو للأسباب التي يقررها القانون .

ولقد قلنا بأن التراضي الذى يعتبر الركن الأساسي لابرام العقود ، الى جانب الأركان الأخرى ، قادر على حلها ، وليس هناك ما يمنع من ذلك من الناحية القانونية ، كما رأينا في التقايل ، ولكن هل يجوز انهاء الرابطة التعاقدية بارادة منفردة .

الواقع هو أن القاعدة العامة السالفة الذكر ، قد أورد المشرع عليها بعض الاستثناءات المتفرقة هنا وهناك والتي أجاز فيها حل الرابطة التعاقدية بارادة منفردة .

ويترتب على ذلك أن المتعاقد الذى يقوم بانهاء العقد ، يتخلص من الالتزامات التي رتبها العقد على عاتقه في مواجهة المتعاقد الآخر ، دون أن ينتظر الاخلال بالالتزام من هذا الأخير كما هو الشأن بالنسبة الى الفسخ .

ويمكننا الاستدلال على ذلك بما ورد في المادة 587 من القانون المدني الجزائرى التي أجازت للموكل أن ينهي عقد الوكالة في أى وقت بارادته المنفردة . غير أنه يلاحظ بأن هذا الانهاء ، اذا كانت الوكالة بأجر وتمّ الانهاء في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول ، مما سبب ضررا للوكيل فان على الموكل أن يلتزم بالتعويض عما أصاب الوكيل من ضرر .

كذلك يستخلص الانهاء بالارادة المنفردة من نص المادة 588 من نفس القانون ، التي أجازت بدورها للوكيل انهاء عقد الوكالة ، في أى وقت ، مع التزامه بالتعويض اذا ترتب على ذلك ضرر للموكل .

غير أن الوكالة التي تكون لصالح أجنبي ، كما هو وارد في الفقرة الثانية من نفس المادة ، لا يجوز التنازل عنها الا لأسباب جدية تبرر ذلك ، بشرط اخطار الأجنبي بالتنازل وامهاله وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه .

ولا يقتصر الانهاء بالارادة المنفردة على عقد الوكالة فحسب ، بل نجده أيضا في عقد المقاولة ، اذ قضت المادة 566 في فقرتها الأولى ، بأنه يجوز لرب العمل أن يتحلل من التزاماته التعاقدية في أي وقت ، على أنه يلتزم بالتعويض في مواجهة المقاول .

الى جانب ذلك فان المادة 510 ، في فقرتها الثانية ، قد أجازت لورثـــة المستأجر انهاء عقد الايجار في بعض الحالات الخاصة . (1)

وهكذا نجد الأمثلة عديدة ، يجيز فيها القانون انهاء الرابطة التعاقديـــة بارادة منفردة ، وبالتالي التحلل من الالتزامات التعاقدية .

غير أنه تنبغي الاشارة في هذا الصدد الى أن الانهاء شأنه شأن التقايـل بالنسبة الى الأثر المترتب عليه ، اذ لا يجوز كقاعدة عامة أن يستند أثره الى الماضي ، بل يقتصر على المستقبل فحسب .

ورغم أن العقد كما رأينا من قبل يمكن حله عن طريق التقايل (2) ، أو الانهـــاء بارادة منفردة ، وبالتالي التخلص من التزاماته ، فان هذا لا يمكن تسميته بالفسخ ، لأن للفسخ بعض القواعد التي تجعله لا يتفق مع هذه الحلول ، ويمكننا بيان ذلـك على النحو الآتي :

* * *

المطلب الثالـث

اختلاف الفسخ عن التقايل والانهاء بارادة منفردة

يختلف نظام الفسخ عن التقايل والانهاء بارادة منفردة من عدة نواح قانونيـــة تتجلى فيما يلي :

أولا — من حيث استصدار حكم قضائي :

بينما أننا أن العقد يجوز حله عن طريق التقايل ، بمجرد رضاء الطرفين ، وبينما أيضا أنه يجوز انهاء العقد بارادة منفردة في بعض الحالات التي أجاز فيها القانون

---

(1) يلاحظ على النص العربي للمادة 510 ف 2 ، أنه عبر عن الانهاء بكلمة نسخ ، وهو تعبير في غير محله لأن المقصود منه هو الانهاء كما ورد في النسخة الفرنسية la résiliation .

(2) يلاحظ أن القانون الروماني عرف ما يسمى حاليا بالتقايل تحت اصطلاح contrarius consensus وهي عبارة تفيد معنى جواز الاتفاق على عكس مضمون الانعقاد ، أو رضى العكس ، أنظر في ذلك الدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ص 436 .

ذلك ، وفي جميع هذه الحالات ، يتم حل الرابطة التعاقدية في حقيقة الأمر دون الرجوع الى القضاء لاستصدار حكم قضائي ، في هذا الشأن .

أما بالنسبة الى الفسخ وفقا للقاعدة العامة ، وخاصة اذا كنا بصدد فسخ قضائي ، فانه لا بد من صدور حكم قضائي به ، والا بقي العقد قائما ومنتجا لآثاره القانونية .

وقد يقول قائل بأن الفسخ الاتفاقي أيضا لا يلزم في شأنه صدور حكم من القضاء ، والرد على ذلك بسيط ، اذ أن هذا الأخير ما هو الا استثناء من الأصل العام ، ثم أن الفسخ الاتفاقي سببه عدم التنفيذ في حين أن التقايل أو الانهاء بارادة منفردة سببهما غير ذلك كما أسلفنا القول .

ثانيا — من حيث الأثر الرجعي :

اذا انحلت الرابطة التعاقدية نتيجة التقايل أو الانهاء بارادة منفردة ، فان ذلك ، يعتبر في واقع الأمر عبارة عن وضع حد للعقد بالنسبة الى المستقبل وفقا للأصل العام (1) .

ويترتب على ذلك أن الالتزامات التي تكون قد ترتبت عن العقد قبل ذلك تبقى ملزمة للجانبين معا ولا يجوز الاخلال بها ، في حين أن الفسخ يأتي على كل الالتزامات العقدية تطبيقا لقاعدة الأثر الرجعي التي تعتبر من أهم القواعد التي تبنى عليها نظرية فسخ العقد (2) .

ثالثا — من حيث السبب :

لقد مرّ بنا في عدة مواضيع سابقة ، أن نظام الفسخ يقوم في جميع صوره وحالاته بسبب عدم التنفيذ ، في حين أن التقايل أو الانهاء بارادة منفردة ، لا يبحث في شأنهما عن عدم التنفيذ ، ولا علاقة له بهما على الاطلاق .

وبناء على ذلك كله ، يمكننا القول بأن التقايل أو الانهاء بارادة منفردة ، على

---

(1) أنظر في ذلك (مازو (هنري ، وجاك ، وليون) ، دروس في القانون المدني ، الجزء 2 الطبعة الرابعة ، باريس 1969 ص 715 فقرة 724 .

(2) يلاحظ أن التقايل في الشريعة الاسلامية يوجد بصفة خاصة في عقد البيع ، واعتبره جمهور الفقهاء فسخا للعقد ، بينما ذهب أبو يوسف الى أنه عقد جديد ، أنظر في ذلك : الدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ص 437 .

الرغم من أنهما يعتبران من الأسباب التي يلجأ اليها في بعض الحالات ، لحل الرابطة التعاقدية ، لا يعتبران بأي حال من الأحوال فسخا للعقد .

ذلك أن الفسخ يتميز بأنه ، اذا نظرنا اليه من ناحية المدين المقصر في تنفيذ التزامه ، فهو جزاء يرتبه القانون عليه لصالح الطرف الآخر ، الذي يعتبر الفسخ بالنسبة اليه حقا يعطيه اياه القانون لحماية مصالحه ضد المتعاقد الآخر .

واذا كان الفسخ ، بالنظر اليه من زاوية المدين المقصر ، يعتبر جزاءا يرتبه القانون عليه ، فهو يلتبس من هذه الناحية بنظام قانوني آخر ، وهو نظام المسئولية العقدية ، التي تعتبر جزاءا أيضا بالنسبة الى المدين الذي لم ينفذ التزاماته ، فما هو الفرق بين هذين النظامين ؟ هذا ما نستعرضه فيما يلي :

* * *

المبحث الثالث

الفسخ والمسئولية العقدية

المطلب الأول

مفهوم المسئولية العقدية

Responsabilité Contractuelle

يقصد بالمسئولية العقدية ، الجزاء الذي يرتبه القانون نتيجة عدم قيام المدين بالتزاماته التعاقدية .

ولما كان الفسخ نفسه ، هو عبارة عن جزاء يرتبه القانون على المدين المقصر في تنفيذ التزاماته ، فهو يلتقي من هذه الناحية بالمسئولية العقدية باعتبارهما جزاءا يرتبه القانون في الحالتين .

غير أن هذه الصلة لا تتعدى في حقيقة الأمر التسمية بالنسبة الى اصطلاح الجزاء[1] . ذلك أنه ، لكي تقوم المسئولية العقدية ، لا بد من وجود عقد صحيح لم يقم المدين بتنفيذه .

---

(1) أنظر في ذلك ، الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ص 111 ــ 112 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 326 ، فقرة 176 . الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 332 فقرة 334 .

والمقصود من التنفيذ الذى تترتب على تخلفه المسئولية العقدية ، هو التنفيذ العيني ، كقاعدة عامة .

ولذلك ، فما دام التنفيذ العيني ممكنا ، ولو امتنع المدين عنه ، فلا محل لقيام المسئولية العقدية .

والسبب في ذلك ، أن للدائن في مثل هذه الحالة الحق في اجبار المدين على التنفيذ العيني مادام ذلك ممكنا ، وهو ما تقضي به المادة 164 من القانون المدني الجزائرى .

غير أن التنفيذ العيني من الناحية العملية ، ليس دائما ممكنا ، فقد يكون غير ممكن ، لأن المدين لا يريد القيام به ، أو لأنه قد أصبح مستحيلا ، وفي هذه الحالة الأخيرة تقوم المسئولية العقدية ، فيجوز للدائن المطالبة بالتعويض كجزاء عن عدم التنفيذ ، وذلك لا على أساس فسخ العقد ، لأن العقد لا زال قائما ، بل على أساس أن المدين أخل بالقوة الملزمة للعقد ، فينال جزاء ، نتيجة الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر (1) ، وذلك رغم استبقائه للعقد (2) .

ويلاحظ أن المسئولية العقدية ، لا تقوم الا بتوافر أركانها كاملة وهي الخطأ ، والضرر ، وعلاقة السببية بين الخطأ ، والضرر (3) .

ولذلك فان عدم التنفيذ الذى يرجع الى السبب الأجنبي ، ولا يد للمدين فيه ، لا يكون هذا الأخير مسئولا عنه ، وبالتالي لا يترتب عليه جزاء ، وهو ما تقضي به المادة 176 من القانون المدني الجزائرى .

ومما تقدم بيانه ، يستخلص ، أن الجزاء الذى قرره القانون للدائن ضد المدين في مجال العقود ، يوجد سواء كنا بصدد المسئولية العقدية ، أو نظام الفسخ .

---

(1) أنظر : الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 376 ومابعدها . الدكتور حسن الذنون ، المرجع السابق ، ص 105 ومابعدها .

(2) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ص 694 فقرة 462 .

(3) الدكتور حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 323 ومابعدها . الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص 470 فقرة 363 .

وهذا الجزاء هو الذى يجعل الصلة وثيقة بين النظامين [1] ، اذ أن المستفيد منهما ، دائما هو الدائن لا المدين .

غير أن هذا التقارب ، ينبغي ألا يطغى على حساب المبادئ والقواعد والنتائج التي يتفرد بها كل من الفسخ ، والمسئولية العقدية ، ويتجلى ذلك في عدة نواح قانونية نستعرضها فيما يلي :

* * *

المطلب الثاني

اختلاف الفسخ عن المسئولية العقدية

ان طبيعة الأنظمة القانونية تلتقي في بعض الحالات بصدد مسائل قانونية ، ولكنها تختلف في أحكامها ، وهذا هو شأن نظام المسئولية العقدية الذى له علاقة بنظام الفسخ ، ولكنهما يختلفان فيما يلي :

أولا — من حيث الجزاء :

قلنا آنفا أن كلا من الفسخ والمسئولية العقدية ، هما عبارة عن جزاء يرتبه القانون على المدين ، لعدم تنفيذه للالتزامات التعاقدية .

فهذا الجزاء ، هو في نفس الوقت اذا نظرنا اليه من ناحية الدائن ، لا من ناحية المدين ، هو عبارة عن حق قرره القانون لصالح الدائن ، يحاسب به مدينه سواء عن طريق فسخ العقد ، أو عن طريق المسئولية التعاقدية .

غير أن هذا الحق يبقى قائما في جميع الحالات التي يخل فيها المدين بالتزامه اذا استعمله صاحبه عن طريق الفسخ ، أى أن سبب الاخلال يستوى لدى الدائن أن يكون راجعا الى المدين نفسه أو الى السبب الأجنبي ، فحقه في الفسخ ، في الحالتين لا يسقط ، وغاية ما في الأمر أن التسمية قد تختلف ، فقد يسمى فسخا ، وقد يسمى انفساخا بقوة القانون .

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 694 فقرة 462 .

بينما لو استعمل الدائن حقه في محاسبة مدينه عن طريق المسئولية العقدية ، اختلف الأمر بين عدم التنفيذ الذى يرجع الى المدين ، وعدم التنفيذ الراجع الى السبب الأجنبي الذى لا يد للمدين فيه ، اذ تقوم المسئولية العقدية (الجزاء) في الحالة الأولى ، وتنتفي في الحالة الثانية ، وهو ما تقضي به المادة 176 مدني جزائرى ، في حين أن الحق في الفسخ يبقى دائما قائما .

وفضلا عن ذلك ، فان آثار المسئولية العقدية يجوز التعديل فيها لصالح كل من الطرفين ، وقد يكون التعديل فيها لفائدة المدين دون الدائن .

في حين أن الأصل العام ، هو أنه لا يجوز تعديل آثار الفسخ ، واذا وجد فهو لصالح الدائن دون المدين ، وهو ما يستفاد من مضمون المادة 120 من القانون المدني الجزائرى المنظمة للفسخ الاتفاقي ، الذى وجد أساسا لمصلحة الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه .

ثانيا — من حيث الضرر :

ليس هناك شك في أن الضرر في المسئولية المدنية ، سواء كانت مسئولية تقصيرية ، أو عقدية ، هو عمود ها الفقرى الذى تبنى عليه ، فاذا تخلف الضرر ولم يتحقق ولو لم يكن المدين في العلاقة التعاقدية قد نفذ التزامه ، فلا تقوم المسئولية العقدية ، وبالتالي فلا جزاء عليه .

بينما قيام حق الدائن في مجال نظرية فسخ العقد ، يكفي فيه عدم التنفيذ لاستعماله ، وهو جزاء في نفس الوقت ضد المدين ، ولو لم يلحق بالدائن ضرر بمفهومه الدقيق .

ذلك أن الفسخ في حقيقته لم ينشأ من أجل جبر الضرر ، وانما وجد لحل رابطة تعاقدية أخل أحد الطرفين فيها بالتزامه ، بصرف النظر عن وقوع الضرر من عدمه .

غير أن هذا القول لا يعني أن الاخلال بالالتزامات التعاقدية التي هي سبب الفسخ في جميع الحالات ، لا يلحق بالدائن ضررا ، فقد يتحقق الضرر ورغم ذلك فان الفسخ الذى يلجأ اليه الدائن لا يكون سببه الضرر ، وانما عدم التنفيذ في حد ذاته ، وهو ما يمكن استخلاصه من المواد 119 ، 120 ، 121 من القانون المدني الجزائرى المنظمة لنظرية الفسخ .

ثالثا — من حيث الأثر القانوني :

ويختلف نظام الفسخ عن المسئولية العقدية ، من حيث الآثار القانونية التي تترتب عله .

ذلك أن المسئولية العقدية ، اذا تحققت ، لا تعتبر حلا للعقد ، بل على العكس من ذلك ، هي تنفيذ له عن طريق التعويض ، وغاية ما في الأمر أننا قد أبدلنا التنفيذ العيني ، وهو الأصل ، بالتنفيذ بطريق التعويض (1) .

في حين أنه اذا تحقق الفسخ بأى صورة من صوره ، فان العقد يصبح منحلا ، وتزول تبعا لذلك كل آثاره بأثر رجعي ، فيعاد كل من الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، مما يدل دلالة قاطعة على أن ذلك لا يعتبر تنفيذا له كما هو الشأن في المسئولية العقدية ، بل هو فسخ له .

رابعا — من حيث أساس التعويض :

أشرنا سابقا الى أن التعويض الذى يقرره القانون لصالح الدائن ، يجوز في المسئولية العقدية ، ويجوز أيضا في حالة فسخ العقد ، اذا كان لذلك مقتضى وفقا للمادة 119 مدني جزائرى .

غير أن الأساس الذى يقوم عليه حق التعويض ، يختلف من نظام الى آخر اذ نجد أساسه في المسئولية العقدية هو العقد لأنه لا زال قائما ، وهو ما يستفاد من نص المادتين 164 و 176 مدني جزائرى ، بينما أساس التعويض الذى قد يحكم به القاضي لصالح الدائن في مجال فسخ العقد ، ليس أساسه العقد ، بل المسئولية التقصيرية ، لأن فسخ العقد ، يعني في مفهومه الدقيق زواله بأثر رجعي ، فلا يكون هنا محل للمسئولية العقدية .

ويترتب على ذلك أنه لا يمكن تأسيس التعويض على أساس المسئولية العقدية مادام العقد قد صار كأن لم يكن قط قد وجد .

وبناء على هذه الاختلافات الجوهرية السالفة الذكر ، فان نظرية فسخ العقد ، تبقى محتفظة بمبادئها ، التي تجعلها مستقلة ، في عدة مسائل قانونية عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة لها ، ومنها المسئولية العقدية التي تترتب هي الأخرى

(1) قارن بين المادتين 164 ، 176 مدني جزائرى اذ نجد أن الأولى تقضي بالتنفيذ العيني بينما تقضي الثانية بالتنفيذ عن طريق التعويض .

جزاءً على المدين في حالة عدم قيامه بالتزاماته التعاقدية(1) .

واذا كان الفسخ ، كما أسلفنا القول ، يتصل بالمسئولية العقدية ، ولكنه يختلف عنها من عدة زوايا قانونية ، فهو أيضا يتصل بنظام عدم النفاذ ، هذا ما نستعرضه فيما يلي :

* * *

المبحث الرابع
الفسخ وعدم النفاذ

المطلب الأول
مفهوم عدم النفاذ

ليس نظام الفسخ هو النظام الوحيد الذى أقره القانون المدني حماية للدائن ضد مدينه ، بل أقر الى جانبه حماية أخرى يحققها الدائن عن طريق المطالبة بعدم نفاذ تصرفات المدين في حقه .

ذلك أنه قد يحدث في الحياة العملية ، أن يبرم المتعاقدان عقداً معيناً ، وفقا لما يتطلبه القانون ، فيكون العقد المبرم صحيحاً ، ومنتجاً لآثاره القانونية .

ولكن المدين قد يعمد قبل أن ينفذ العقد الى بيع أمواله الظاهرة ليخفي ثمنها عن الدائن(2) .

ولذلك كان من الضرورى حماية الدائن من هذه التصرفات ، ولهذا قررت جميع القوانين المدنية العربية والغربية ، أن تصرفات المدين في هذه الحالات ، لا تسرى في مواجهة الطرف الآخر ، وهو بطبيعة الحال الدائن لا المدين .(3)

(1) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج 6 المرجع السابق ص 192 ، الدكتور محمد حسنين ، نظرية العقد ، مطبوعة جامعية ، المرجع السابق ص 343 .

(2) أنظر في ذلك : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 791 فقرة 405 ، الدكتور محمد حسنين ، نظرية العقد ، المرجع السابق ص 263 ومابعدها . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 320 .

(3) أنظر : الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت 1977 ص 451 ومابعدها .

وقد نظم المشرع الجزائرى عدم النفاذ في مواطن مختلفة من القانون المدني ، ففي مجال العقود الصحيحة ، التي نشأت سليمة ، نجد القانون المدني الجزائرى يجيز للدائن الذى له حق مستحق الأداء ، أن يطلب عدم نفاذ تصرف مدينه الذى يضر بحقه ، اذا كان قد قام بهذا التصرف بقصد الاضرار به ، وهو ما تقضي به المادة 191 من هذا القانون ، وكذلك أجاز هذا القانون للدائن أن يطلب عدم نفاذ تصرف مدينه الصورى ، في حقه ، وهو ما نصت عليه المادة 199 بقولها : (اذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي) .

وتأسيسا على ذلك ، فان عدم النفاذ ، كنظام قانوني ، قد وضع أصلا من أجل حماية الدائن من تصرفات مدينه ، وخاصة عندما يكون العقد لم يحل أجل تنفيذه ، اذ لا يستطيع الدائن المطالبة بفسخه لهذه العلة ، وفي ذلك خطر يهدده فيما لو أصبح مدينه معسرا .

ولذلك فقد أجاز له القانون استبعاد ما يتهدده من تصرفات المدين ، عن طريق عدم النفاذ ، وذلك باللجوء الى استعمال الدعوى البولصية ، اذا ما توافرت شروطها (1) ، فهي تحقق له عدم سريان تصرف مدينه في حقه ، مع بقاء العقد منتجا لآثاره فيما بين عاقديه (2) .

ويجدر بنا أن نلاحظ في مجال الدعوى البولصية ، أن القانون الفرنسي قد جعل المستفيد منها هو الدائن الذى رفعها وحده دون بقية الدائنين الآخرين .

بينما جعلت القوانين العربية الحكم بعدم النفاذ مفيدا لجميع الدائنين ولو رفعت الدعوى من دائن واحد فقط .

---

(1) أنظر تفصيلا لذلك : الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، مبادئ القانون ، المرجع السابق ص 453 وما يليها .

(2) أنظر : بلانيول ، وريبير ، واسمان ، شرح تطبيقي للقانون المدني الفرنسي ، ج 6 ، الالتزامات ، الطبعة الثانية ، فرنسا سنة 1952 ص 366 فقرة 230 .

ورأى أن القوانين العربية قد وفقت في هذا الحكم أكثر من القانون الفرنسي ، اذ أنها تحقق بذلك ، فكرة المساواة في الانتفاع بالضمان العام ، لأن هذا الأخير هو ضمان عام قرره القانون لجميع الدائنين ولا ينبغي أن يستفيد منه دائن دون آخر .

ولما كان نظام عدم النفاذ وفقا للمفهوم السابق بيانه ، يؤدى الى حماية الدائن ، ويترتب عليه أن تصرفات المدين التي يبرمها مع شخص آخر تعتبر كأن لم تكن بالنسبة للدائن ، فان عدم النفاذ يقترب من هذه الزاوية من نظام الفسخ الذى يؤدى هو الآخر بدوره في جميع حالاته الى حماية الدائن من مدينه .

غير أن الاتحاد الذى يجمع النظامين وهو حماية الدائن لا يعني ادماجهما في نظام واحد ، بل تبقى الى جانب ذلك هنالك فوارق جوهرية من عدة جوانب قانونية يمكننا حصرها كالآتي :

* * *

المطلب الثاني

اختلاف الفسخ عن عدم النفاذ

يختلف الفسخ عن عدم النفاذ في مجال العقود من زوايا متعددة يمكن حصر أهمها فيما يلي :

أولا — من حيث الأثر القانوني :

اذا حكم للدائن بعدم نفاذ تصرف مدينه في حقه ، فان ذلك لا يؤثر بأى حال من الأحوال ، على العقد الذى يربط مدينه بمن تصرف اليه ، ولا يمس التصرف الذى يكون قد قام به المدين مع شخص آخر ، بل يبقى ، قائما ومنتجا لآثاره القانونية ، بينه وبين المتصرف اليه .

بينما اذا تحقق الفسخ ، فانه يهدم العقد ، وما رتبه من التزامات تعاقدية بأثر رجعي .

ثانيا : من حيث النطاق :

كل أنواع العقود سواء كانت ملزمة للجانبين ، أو ملزمة لجانب واحد ، وسواء كانت صحيحة ، أو قابلة للابطال ، يجوز فيها للدائن طلب عدم النفاذ . في حين أن الفسخ

لا يجوز الأخذ به الا في مجال العقود الملزمة للجانبين ، وهو ما نصت عليه صراحة المواد 119 ، 120 ، 121 مدني جزائري .

ولذلك فالفسخ أضيق نطاقا من نظام عدم النفاذ ، لأن تطبيقه يقتصر على نوع واحد من العقود .

ثالثا — من حيث صاحب الحق :

يقتصر الحق في التمسك بالفسخ ، على طرفي العقد ، ولا يجوز للغير أن يحل محل أحدهما للمطالبة به .

في حين أنه لا يتمسك بعدم النفاذ ، الا من لم يكن طرفا في العقد الذي يراد عدم نفاذه ، فهو أجنبي بالنسبة للتصرف الذي قام به المدين مع شخص ثالث.

رابعا — من حيث الاستفادة :

اذا تقرر فسخ العقد بأية طريقة من طرق فسخه ، فان الذي يستفيد منه مباشرة هو المتعاقد الذي طلبه ، وليس للدائنين الآخرين ، أن يتحللوا من التزاماتهم الناشئة عن ذات العقد الذي فسخ ، أو عن عقود أخرى ، لأن العقد بالنسبة لهم لا يزال قائما .

بينما اذا تقرر عدم النفاذ كما أسلفنا القول ، فانه يشمل جميع الدائنين ولا يجوز قصره على من طلبه دون بقية الدائنين .

ويمكن القول بالنظر الى هذا الفارق الجوهري بين النظامين أن الفسخ هو عبارة عن حماية خاصة ، في حين أن عدم النفاذ هو حماية عامة ، وهو ما يستخلص من مقارنة المادة 119 المتعلقة بفسخ العقد قضائيا ، بالمادة 194 المتعلقة بعدم النفاذ ، من القانون المدني الجزائري .

وننتهي الى القول ، بأن عدم النفاذ ، رغم أنه يهدف في مفهومه الى حماية حقوق الدائن من تصرفات مدينه ، الا أن ذلك لا يؤدي الى حل الرابطة التعاقدية ، كما هو الشأن بالنسبة للفسخ .

وغاية ما في الأمر أنها عملية وقائية يحمي الدائن نفسه بها من اعسار مدينه ، ذلك أن ذمة هذا الأخير المالية هي عبارة عن ضمان عام له ، يتأثر بها الدائن كلما تصرف المدين فيها عند حلول أجل اقتضاء حقه .

ويلاحظ أن عدم النفاذ الذى أقرته التشريعات كحق للدائن ، لا يحمي أداة يجوز استعماله ضد كل تصرفات المدين ، بل المقصود من التصرفات التي يجوز الطعن فيها هي التصرفات التي لا تتصل بشخصه ، اذ أن هذه الأخيرة لا يجوز الطعن فيها بعدم النفاذ .

وقد يتخذ الدائن موقفا سلبيا دون أن يلجأ الى فسخ العقد ، ويتمثل ذلك في الدفع بعدم التنفيذ ، وهو ما نستعرضه فيما يلي :

* * *

المبحث الخامس

الفسخ والدفع بعدم التنفيذ

قد يلجأ الدائن حماية لحقوقه في مواجهة المتعاقد معه ، الى وسيلة أخرى غير نظام الفسخ ، وذلك باتخاذه موقفا سلبيا ، جرت العادة على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ ، الذى ينتهي غالبا الى فسخ العقد .

ولقد أصبح الدفع بعدم التنفيذ في التشريعات الحديثة ، ومنها القانون المدني الجزائرى ، مبدأ عاما له قواعده ، وأحكامه الخاصة .

الا أن هذا المبدأ في حد ذاته يعتبر تطبيقا ، من تطبيقات مبدأ آخر أعم منه ، وهو ما يسمى بالحق في الحبس ، بل ان هذا الأخير هو الأصل العام والدفع بعدم التنفيذ فرع منه .

ولذلك ينبغي في هذا المجال ، معرفة الحق في الحبس ، ثم الدفع بعدم التنفيذ ، ومدى الفرق بينهما ، وأخيرا مدى علاقة الدفع بعدم التنفيذ بالفسخ ، والفروق الجوهرية بين النظامين وذلك كله على النحو التالي :

المطلب الأول

مفهوم الحق في الحبس

Droit de Retention

الحق في الحبس هو المبدأ العام الذى وضعه القانون لصالح ، كل ملتزم بأداء شيء ، فجعل له الحق في أن يمتنع عن الوفاء بما التزم به في مواجهة الطرف

الآخر الذى لم يقم بتنفيذ التزامه . ولم يقدم تأمينا كافيا للوفاء به (1) ، وهو ما تقضي به المادة 200 من القانون المدني الجزائرى المقابلة للمادة 246 من القانون المدني المصرى .

ويستوى الأمر بالنسبة لمن يستعمل الحق في الحبس، بين الالتزامات التي يكون مصدرها العقد ، وتلك التي يكون مصدرها غير العقد ، كما هي الحال بالنسبة لواضع اليد على ملك الغير ، اذ يجوز له حبس الشيء الى أن يقتضي ما أنفقه عليه (2) .

اذن فالحق في الحبس يكفي لقيامه وجود علاقة قانونية بين الالتزامات تربطها ببعضها البعض صلة ، سواء كانت هذه الصلة ارادية ، أو مادية لا ارادية (3) .

أما اذا كانت الالتزامات ، غير مستحقة الوفاء ، كأن تكون مؤجلة ، أو معلقة على شرط واقف ، أو متنازعا فيها ، أو من الالتزامات الطبيعية فانها لا تصلح لاستعمال الحق في الحبس وتخرج من نطاقه .

وبناء على هذا المفهوم العام لمبدأ الحق في الحبس ، يكون لصاحبه أن يمتنع من ، تسليم الشيء الذى تحت يده ، الى الطرف الآخر ، الى أن يستوفي حقه منه كاملا .

ويلاحظ في هذا الصدد ، أن الحق في الحبس باعتباره ، قاعدة عامة ، وفقا للقوانين العربية ، التي سايرها القانون المدني الجزائرى في المادة 200 منه ، يختلف ، عما يسمى حق الحبس في القانون المدني الفرنسي .

ففي القوانين العربية ، يعتبر الحق في الحبس حقا شخصيا ، ومبدأ عاما ، يطبق في مواضيع مختلفة ، من النظرية العامة للالتزام (4) .

(1) أنظر في ذلك : الدكتور مصطفى الجمال والدكتور جلال علي العدوى ، المرجع السابق ، ص 355 .

(2) أنظر : الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 64 ومابعدها ، الدكتور أنور سلطان ، المرجع السابق ص 357 ومابعدها . الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 131 ومابعدها .

(3) أنظر : الدكتور محمد رضا سوار ، القانون المدني الجزائرى ، المرجع السابق ، ص 321 .

(4) راجع المواد : 338 ، 390 ، 501 ، 540 ، 532 ، 597 من القانون المدني الجزائرى تجدها تطبيقات لمبدأ عام ورد في المادة 200 منه .

أما القانون الفرنسي ، فلم يضع له قاعدة عامة ، وانما جاء بتطبيقات له في ميادين متفرقة هنا وهناك ، لا يمكن القول عنها بأنها مبدأ عام[1] ، وقد اعتبر حق الحبس في فرنسا من بين الحقوق العينية .

وبما أن القوانين العربية اعتبرت الحق في الحبس من الحقوق الشخصية ، لا العينية ، فاذا خرج الشيء المحبوس من يد الحابس ، فانه لا يستطيع أن يستعمل حق الأولوية ، ولا حق التتبع في مواجهة من انتقل اليه الشيء ، وهو ما قضت به المادة 202 / 2 من القانون المدني الجزائري .

أما في القانون الفرنسي الذي يعتبر حق الحبس من الحقوق العينية ، فانه يترتب على هذا الاعتبار ، أن خروج الشيء من يد الحابس لا يفقده حق التتبع مهما كان الشخص الذي انتقل اليه الشيء[2] .

ومهما يكن من الأمر ، فان الحق في الحبس عندنا ، يطبق كما يقضي القانون الجزائري ، في مجالات واسعة من نظرية الالتزام العامة وعلى وجه الخصوص في العقود ، وهي الملتقى الذي تلتقي فيه عدة أنظمة قانونية ، كما هي الحال بالنسبة الى العقود الملزمة للجانبين ، فهي تصلح لتطبيق نظرية الفسخ ، بل هي المجال الخصب لها ، وكذا للحق في الحبس ، وللدفع بعدم التنفيذ ، وان كان هذا الأخير تدق التفرقة بينه وبين الحق في الحبس في العقود الملزمة للجانبين ، ولذلك نستعرضه على انفراد فيما يلي .

المطلب الثاني

الدفــــع بعـــــد م التنفيـــذ

L'exception non adimpleti contractus

أشرنا فيما تقدم بيانه ، الى أن العقود الملزمة للجانبين ، تبنى على أساس التوازن بين التزامات المتعاقدين المتبادلة .

(1) أنظر : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 316 وما بعدها .
(2) يلاحظ في هذا المجال ، أن القانون الفرنسي يقترب من الشريعة الاسلامية ، اذ أنها هي الأخرى لم تعرف مبدأ عاما للحق في الحبس ، وأنها تجيز فيه حق الأفضلية ، أنظر تفصيلا لذلك ، الدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ، ص 521 وما يليها .

ولكن ذلك لا يحقق الاطمئنان الكامل للمتعاقدين ، اذ يخشى فيها أن ينفذ أحدهما ما رتبه العقد من التزامات ، ويتقاعس الآخر عن الأداء المترتب على عاتقه ، فيختل العقد نتيجة لذلك ، ولا يتحقق التوازن المطلوب بين الالتزامات التعاقدية .

وقد أدى هذا الوضع الى البحث عن طريقة أو وسيلة تحقق مبدأ المساواة بين المتعاقدين من الناحية القانونية والعملية(1) . فكان الدفع بعدم التنفيذ ، هو السبيل الوحيد الذي يمكن أنه يحقق ذلك .

ويراد بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين ، أن يكون لكل متعاقد ، اذا ما طالبه المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، الى أن يقوم الآخر بما عليه من تعهد (2) ، وهو ما تقضي به المادة 123 من القانون المدني الجزائري ، على غرار جميع القوانين العربية الأخرى (3) .

ويلاحظ أن هذه القاعدة التي أصبحت في وقتنا الحاضر قاعدة عامة ، لم تكن معروفة في القانون الروماني على هذا النحو ، وانما كان يطبق بصددها ، قاعدة أخرى تسمى الدفع بالغش .

ويرجع الفضل في ابراز الدفع بعدم التنفيذ ، وجعله قاعدة عامة الى رجال القانون الكنسي ، الذين طبقوا عليها قاعدة (لا يراعى عهد من لا عهد له) .

" Non servandi fidem, non est fidem servanda ".

ورغم أن القانون الفرنسي ، قد أورد تطبيقات لهذه القاعدة في بعض العقود (4) ، فانه لم يأخذ بها كقاعدة عامة ، شأنه في ذلك شأن الشريعة الاسلامية .

أما القوانين العربية الحديثة(5) ، فانها أخذت بالمبدأ العام أسوة بالتشريعات الغربية الحديثة(6) .

---

(1) أنظر : الدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ص 522 .
(2) أنظر : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 420 . الدكتور عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ج 2 المرجع السابق ص 343 ومابعدها . الدكتور وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ص 320 ومابعدها . الدكتور أنور سلطان ، المرجع السابق ص 346 .
(3) راجع حكم المادة 161 من القانون المدني المصري ، و 162 مدني سوري .
(4) راجع المواد : 1612 ، 1613 ، 1651 ، 1653 فهي جميعا تدل على تطبيقات فقط .
(5) لم يكن القانون المصري القديم يأخذ بالمبدأ العام ، راجع المواد : 279 ، 350 ، 331 ، 353 فهي جميعا تطبيقات فقط .
(6) القانون الألماني المادة 320 ، القانون السويسري المادة 82 ، المشروع الفرنسي الايطالي المادة 43

وعليه فان الدفع بعدم التنفيذ يجوز وفقا للمادة 123 من القانون المدني الجزائرى كلما كان العقد ملزما للجانبين ، لأن الأصل في الالتزامات الناشئة عن هذا العقد ، أن يتعاصر تنفيذها ، وليس لأحد المتعاقدين أن يطالب بالتنفيذ ، الا اذا عرض بدوره تنفيذ التزامه وفي الوقت ذاته ، له أن يرفض القيام بتنفيذه مادام المتعاقد الآخر لم يوف بما عليه من أداء .

ويعود هذا الامتناع المشروع في حقيقة الأمر الى ارتباط الالتزامات المتقابلة الذى ينشأ منذ ابرام العقد الملزم للجانبين الى أن ينفذ .

ثم ان هذا الامتناع المشروع مقارنا بالفسخ الذى يؤدى الى انحلال العقد وزوال التزاماته نهائيا ، يعتبر أقل خطورة من الفسخ ، وبالتالي ، اذا كان من حق كل متعاقد أخل المتعاقد معه بالتنفيذ أن يطالب بفسخ العقد ، فمن باب أولى يكون له أن يتخذ اجراء الدفع بعدم التنفيذ الذى يقتصر أثره على وقف تنفيذ التزاماته حتى ينفذ المتعاقد الآخر التزامه ، بدلا من اتخاذ طريق الفسخ الذى يجعل العقد كأن لم يكن (1) .

ويلاحظ أن نص المادة 123 من القانون المدني الجزائرى المتعلق بالدفع بعدم التنفيذ لم يفرق بين عدم التنفيذ الجزئي ، وعدم التنفيذ الكلي ، بل جاء نصا عاما .

ومادام الأمر على هذا النحو ، فان الحق في الدفع بعدم التنفيذ يبقى قائما في الحالتين ، مع مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، ذلك المبدأ الذى تقضي به المادة 107 من القانون المدني الجزائرى .

ويترتب على مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، أنه ينبغي عدم المبالغة في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، والا كان صاحبه سيء النية ، ذلك أن التنفيذ المطلوب من المتعاقد الآخر مهما يكن من الناحية العملية لا يصل الى درجة الكمال (2) .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 723 ومابعدها .

(2) أنظر : الدكتور عبد الحي حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، ج 2 المرجع السابق ، ص 352 .

يضاف الى ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ ، لا يجوز اذا كان الحق الـذى امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذه ، غير مستحق الأداء ، كأن يكون مؤجلا[1] ، أو معلقا على شرط واقف ، أو يكون العقد قد تضمن اتفاقا يقضي ، بأن يبدأ أحـد المتعاقدين بالتنفيذ قبل الآخر[2] ، مع العلم بأن نظرة الميسرة التي يمكن أن يمنحها القاضي لا تحول دون الدفع بعدم التنفيذ[3] .

وبناء على ذلك فانه اذا توافرت هذه الشروط القانونية كان الدفع بعـدم التنفيذ دفعا مشروعا ، ولو لم يقم المتمسك به باعذار الطرف الآخر ، ذلـك أن الدفع بعدم التنفيذ في حد ذاته تعبير صريح عن الاعذار .

وعليه فان الذى يقدر الدفع بعدم التنفيذ ، هو صاحب هذا الحق نفسـه ، وليس القضاء الذى يقتصر دوره في هذا المجال على الرقابة ، اذا ما رفعت بشأنـه دعوى من الطرف الآخر أو تمسك بالدفع بعدم التنفيذ كل من المتعاقدين في ذات الوقت ، اذ يجوز للقاضي في مثل هذه الحالة أن يستعين باجراءات التحرى الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء[4] .

يستخلص من هذا المفهوم للدفع بعدم التنفيذ ، أنه عبارة عن اجراء يـؤدى الى وقف تنفيذ العقد الملزم للجانبين .

غير أن هذا الوقف لا يعرف في حقيقة الأمر متى ينتهي ، اذ يتوقف الأمر علـى قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه[5] .

ومن هنا يحق لنا القول بأن هذا الوقف في التنفيذ الذى يتخذه أحـد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين ، لا يؤثر على وجود العقد الذى يبقى قائما وملزما للجانبين ، أى أن الدفع بعدم التنفيذ ، هو وسيلة ضغط يستعملها أحـد الطرفين لحمل المتعاقد الآخر على التنفيذ دون اللجوء الى السلطة القضائية ، كما هي الحال بالنسبة الى فسخ العقد فسخا قضائيا[6] .

---

(1) أنظر الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 354 فقرة 361 .
(2) أنظر الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 423 فقرة 223 .
(3) أنظر الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 423 فقرة 223 .
(4) أنظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط المرجع السابق ص 736 . والدكتور اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ج 1 المرجع السابق ص 323 .
(5) أنظر الدكتور عبد الحي حجازى ، النظرية العامة للالتزام ج 2 المرجع السابق ص 355 .
(6) أنظر الدكتور أنور سلطان ، المرجع السابق ص 346 .

اذن فالمتعاقد في الدفع بعدم التنفيذ يستعمل هذه الوسيلة حماية لـه وتهديدا في نفس الوقت للطرف الآخر ، وذلك في مدة قصيرة ، خلافا للفسخ الذى يحتاج فيه الأمر الى مدة أطول .

واذا كان الدفع بعدم التنفيذ يحقق لمن يستعمله بعض المزايا ، التي لا توجد في أنظمة قانونية ، كما سلف بيانه ، فانه من جهة أخرى يمثل فصلا موقتا سلبيا بالنسبة الى العلاقة القانونية ، وهذا الموقف السلبي ، لاشك أنه ليس لصالح صاحبه لأنه يبقى ، مقيدا بالالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد نحو المتعاقد الآخر ، مادام العقد لازال قائما من الناحية القانونية .

ولذلك فقد يتأكد مستعمل الدفع بعدم التنفيذ من أن الطرف الآخر ، لن يقوم بتنفيذ التزامه ، فيعمد الى الخروج من هذا الموقف السلبي الذى بدأ به الى موقف آخر أكثر ايجابية(1) .

ومما لاشك فيه أن الموقف الايجابي الذى ينتقل اليه المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين ، هو المطالبة بفسخ العقد ، حتى يستطيع بعد ذلك أن يتصرف في الأداء الذى يكون ملتزما به نحو المتعاقد الآخر .

ومن هنا يمكننا القول بأن الدفع بعدم التنفيذ له علاقة بنظرية فسخ العقد ، اذ يكون غالبا سبيلا الى فسخ العقد ، وهذه هي المرحلة الخطيرة التي ينتقل اليها من يستعمل الدفع بعدم التنفيذ ، حين يتأكد من عدم جدواه .

غير أن الترتيب الوارد في القانون المدني الجزائرى ، وفي معظم القوانين العربية ، في هذا المجال يبدو لنا ترتيبا غير منطقي ، اذ لا يعقل أن يبدأ المتعاقد باتخاذ اجراءات الفسخ ، وهو اجراء خطير في حين أنه باستطاعته أن يلجأ الى الدفع بعدم التنفيذ وهو أقل خطورة .

وقد كان المنطق يقضي بأن يعكس الأمر وأن ينص القانون على الدفع بعدم التنفيذ ، أولا ، ثم يليه الفسخ ثانيا ، وهو ما لم تسر عليه القوانين المدنية ومنها القانون المدني الجزائرى في مادته 123.

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور وحيد رضا سوار ، القانون المدني الجزائرى ، المرجع السابق ص 325 .

ثم أن الدفع بعدم التنفيذ قد ورد تحت عنوان انحلال العقد الذي تضمن نظرية فسخ العقد ، وهذا في نظرى خطأ أيضا ، اذ أن الدفع بعدم التنفيذ ليس انحلالا للعقد ، واذا كان يؤدى في بعض الحالات الى الفسخ ، فذلك غير كاف لادراجه تحت عنوان الانحلال [1] .

ومهما يكن من الأمر بالنسبة الى هذا الترتيب ، فان للدفع بعدم التنفيذ علاقة بنظرية فسخ العقد ، اذ أنه يهدف الى حماية أحد طرفي العقد الملزم للجانبين ، وهو ما يحدث في الفسخ .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فكثيرا ما يكون الدفع بعدم التنفيذ الطريق الممهد للفسخ .

غير أن ذلك لا يعني ادماج النظامين في نظام قانوني واحد ، لأن هناك فوارق واختلافات جوهرية نستعرضها بعد قليل بعد أن نبين الفرق بين الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ لأن هذا الأخير يختلف عنه رغم أنه تطبيق من تطبيقاته وذلك كله على النحو الآتي :

* * *

المطلب الثالث

اختلاف الحق في الحبس عن الدفع بعدم التنفيذ

أولا — من حيث النطاق :

بينا سابقا أن الحق في الحبس يجوز استعماله في جميع العلاقات القانونية ، بصرف النظر عن مصدرها ، ولذلك فنطاقه يتجاوز العقود بصفة عامة .

في حين أن الدفع بعدم التنفيذ ، قاصر تطبيقه على العقود ، وعلى تلك التي تكون ملزمة للجانبين دون غيرها .

---

(1) راجع الترتيب الوارد في القسم الرابع من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني ص 6 ؟ ؟ من القانون المدني الجزائرى .

ثانيا — من حيث سوء النية :

على الرغم من أن النص الذي نظم الدفع بعدم التنفيذ لم يصرح صراحة بشرط حسن النية لدى من يستعمل الدفع، فان هذا الشرط مفروغ منه ، وفقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود .

وبالتالي فاذا كان مستعمل الدفع سيء النية فان دفعه يكون غير صحيح ، في حين أنه لا يشترط حسن النية في استعمال الحق في الحبس لأن من يحبس شيئا من أجل الحصول على مقابل من الطرف الآخر لا يتصور أنه سيء النية ، فضلا عن أن حسن النية مفترض حتى يثبت العكس .

ثالثا — من حيث التأمينات :

اذا تعاقد الطرفان وقام أحدهما بتقديم تأمين كاف للوفاء بما التزم به ، فلا يجوز للمتعاقد الآخر أن يحبس الشيء ، لأن الحكمة من الحبس في هذه الحالة تنتفي .

بينما وجود تأمين لا ينفي الدفع بعدم التنفيذ ، بل يبقى قائما رغم وجود التأمين (1) .

رابعا — من حيث بطلان العقد أو فسخه :

اذا كانت العلاقة التي تحكم الطرفين عقدا ، ثم حكم بابطاله أو فسخه ، فان العقد بطبيعة الحال يزول وتزول تبعا لذلك آثاره بأثر رجعي ، فاذا لم يرد طرف للطرف الآخر ، ما تدمه ، جاز لهذا الأخير أن يحبس ما تحت يده الى أن يسترد حقه .

بينما لا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة مادام العقد قد أصبح كأن لم يكن (2) .

خامسا — من حيث الأثر القانوني :

قد تكون العقود التي يستعمل فيها الدفع بعدم التنفيذ أو الحق في الحبس من العقود الزمنية ، وهي تلك التي يعتبر الزمن فيها عنصرا جوهريا ، فيكون التمسك

(1) أنظر : الدكتور وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ص 321 .
(2) أنظر : الدكتور مصطفى الجمال والدكتور جلال العدوى ، المرجع السابق ص 353 .

بالدفع بعدم التنفيذ مؤثرا على الالتزامات الناشئة عنها ، اذ ينقص كم الالتزامات طوال مدة استعماله ، في حين أنه اذا حبس المتعاقد الشيء الذى تحت يده في هذه العقود ، فان هذا الحبس لا ينقص من كم التزامات العقد (1) .

وعليه فان الحق في الحبس ، رغم أنه القاعدة العامة التي يستمد منها الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاته يختلف عنه كما بينا ذلك سالفا .

الى جانب ذلك فان الدفع بعدم التنفيذ يختلف عن نظام الفسخ من عدة جوانب قانونية وهو ما نحاول بيانه كما يلي :

* * *

المطلب الرابع

اختلاف الفسخ عن الدفع بعدم التنفيذ

يبدو لنا من خلال دراسة مفهوم الدفع بعدم التنفيذ ، أنه وسيلة دفاعية يتخذها المتعاقد لحماية حقوقه ، بينما الفسخ يعتبر وسيلة هجومية وتترتب على ذلك فروق جوهرية كما يلي :

أولا — من حيث الأثر القانوني :

اذا تحقق الفسخ فانه يؤدى الى حل العقد نهائيا ، فيعود المتعاقدان الى ما كانا عليه قبل ابرامه ، ولذلك فهو يشمل ، كقاعدة عامة ، الماضي والمستقبل (2) ، بينما نجد الدفع بعدم التنفيذ ، ليست له هذه الخطورة من حيث الأثر المترتب عليه ، فهو عبارة عن اجراء تأجيلي ، تتوقف الالتزامات على أثره ، ولكنها لا تزول (3) ، ما لم ينتقل صاحبه من موقفه السلبي الى مرحلة تالية له وهي فسخ العقد ، فنكون في هذه الحالة أمام نظام الفسخ لا أمام الدفع بعدم التنفيذ .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 المرجع السابق ص 733 .
(2) أنظر : الدكتور وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ص 325 .
(3) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 736 ، الدكتور عبد الحي حجازى ، النظرية العامة للالتزام ج 2 المرجع السابق ص 355 ومابعدها .

ثانيا — من حيث سلطة القاضي التقديرية :

القاعدة العامة التي يعمل بها في مجال نظرية فسخ العقد أن الأمر فيه يعرض على القاضي ، وهو الذى يقرر الفسخ من عدمه ، بينما الوضع على غير ذلك في مجال الدفع بعدم التنفيذ ، اذ الذى يقدره هو المتعاقد ، وليس القاضي ، ومن ثم فلا حاجة الى رفع دعوى في هذا الشأن ، واذا مارس المتعاقد الآخر في استعماله ، اقتصر دور القاضي على التحقق ، من شروطه ، ثم يقوم بعد ذلك باقراره أو عدم اقراره (1) .

ثالثا — من حيث الاعذار :

اذا قام أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين بالدفع بعدم التنفيذ ، فلا يجوز للطرف الآخر ، أن يدعي بأن هذا الدفع غير صحيح لأن مستعمله لم يقم باعذاره .

ذلك أن الدفع في حد ذاته يعتبر اعذارا ، وفضلا عن ذلك ، فان النصوص القانونية التي تضمنت مبدأ الدفع بعدم التنفيذ ، لم تشر الى ضرورة الاعذار (المادة 123 مدني جزائرى) ، بينما يشترط القانون أن يكون المتعاقد الذى يطلب فسخ العقد قد أعذر مدينه ، وهو ما تقضي به المادتان 119 و 120 مدني جزائرى (2) .

رابعا — من حيث التعويض :

ان المتعاقد الذى يطلب الفسخ ويحكم له به ، يجوز الى جانب فسخ العقد ، الحصول على تعويض ، نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية ، وذلك على أساس المسئولية التقصيرية ، في حين أنه لو اقتصر على الدفع بعدم التنفيذ ، وأصابه ضرر بعد ذلك ، فانه لا يستطيع الحصول على تعويض من المتعاقد الآخر ، لأن المسئولية بنوعيها ، العقدية والتقصيرية ، غير متوافرة في مثل هذه الحالة .

---

(1) أنظر: الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ، ج 1 المرجع السابق ص 735.

(2) يلاحظ أن هذا الحكم ليس قاصرا على القانون الجزائرى ، بل أخذت به معظم القوانين الحديثة ، راجع في ذلك حكم المادة 157 مدني مصرى ، و 153 مدني سورى ، و 177 مدني عراقي ، و 159 مدني ليبي .

ولذلك فان سلوك طريق فسخ العقد من هذه الناحية أفضل بالنسبة المتعاقد ، لأنه يحقق له نتيجتين ، وهما : حل العقد ، والتعويض ان كان له مقتض ، وهو ما تقضي به المادة 119 مدني جزائري .

وهكذا يتجلى لنا أن نظام الدفع بعدم التنفيذ ، ليس له أثر على وجود العقد ، وأن كان قد يؤدي في بعض الحالات الى فسخه عندما ينتقل المتعاقد من موقفه السلبي الى موقف هجومي أي المطالبة بالفسخ بدلا من الدفع بعدم التنفيذ (1).

ولذلك قلنا فيما مضى بأن الترتيب المنطقي لهذه الأنظمة القانونية كان يقضي بأن يسبق الدفع بعدم التنفيذ ، الفسخ في النصوص التشريعية السالفة الذكر .

ولننتهي الى القول من خلال الدراسة السابقة لنظام الفسخ وما يتصل به من أنظمة قانونية ، الى أن نظرية فسخ العقد على الرغم من تداخلها مع بعض النظم القانونية ، وتماثلها في بعض النتائج ، أو الوسائل التي وضعها القانون المدني الجزائري على غرار القوانين العربية الأخرى ، في مجال تنظيمه النظرية العامة للالتزام بصفة عامة ، وللعقد الملزم للجانبين بصفة خاصة ، فان ذلك لا يؤثر على قواعد نظرية الفسخ الأساسية ، التي تبقى لها مهما اتصلت بغيرها من الأنظمة القانونية . (2)

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص 525 .

(2) يلاحظ أن النظام القانوني للأجل الفاسخ الوارد في المواد من 209 الى 212 من القانون المدني الجزائري ، قد يوهم بأن قواعده هي نفسها قواعد الفسخ باعتباره يؤدي الى انقضاء الالتزام بعد حلوله .

ولذلك نقد البعض من الفقهاء اصطلاح الأجل الفاسخ لأنها قد تشعر بأن لها أثرا رجعيا ، وهذا هو شأن الفسخ ، بينما حلول الأجل الفاسخ لا يؤدي الى زوال الالتزام بأثر رجعي وانما يقتصر على المستقبل فقط .

وأكثر من ذلك فالأجل الفاسخ لا يقتصر تطبيقه على العقد الملزم للجانبين كما هو الشأن بالنسبة الى الفسخ ، ولا يلزم من كان الأجل الفاسخ لصالحه انتظار استصدار حكم قضائي بشأنه كما لو كنا بصدد فسخ العقد قضائيا .

ثم ان الأجل الفاسخ محقق الوقوع سواء كان معلوما تاريخ حلوله أو لم يكن معلوما ، بينما فسخ العقد ليس محققا رغم وقوع عدم التنفيذ ، اذ قد يطالب به الدائن ولا يحكم به القاضي ، وقد لا يطالب به من كان له الحق في الفسخ وانما يصر على المطالبة بالتنفيذ ما دام له الحق في الخيار بين طلب الفسخ ، أو التنفيذ (المادة 119 مدني جزائري) .

وبناء على ذلك فان تسمية الأجل الفاسخ بالأجل المنهي كما فعل الفقه في فرنسا ، موفقة لأنها تزيل اللبس الذي قد يحدث بالنسبة الى الأثر الرجعي .

(أشار الى ذلك الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 3 ، ص 37 بند 54).

مميزاتها وخصائصها الذاتية التي تجعلها من ناحية متكاملة ومن ناحية أخرى مستقلة في وجودها عن بقية النظريات الأخرى .

وسوف يزيد عرضنا بعد قليل لأنواع الفسخ وما يرتبه من آثار وأحكام قانونية ، وضوحا أكثر لمدى استقلال هذه النظرية والقواعد التي تقوم عليها .

* * *

البــاب الثــانـــي

أنـــواع الـفـســـخ

ومـا يـرتـبـه مـن آثـار قـانـونـيـة

الفصل الأول

أنواع الفسخ

لم يقف القانون الحديث عند تقرير مبدأ الفسخ كنظام قانوني مستقل عن بقية النظم القانونية الأخرى التي تقترب منه في بعض الجوانب والمسائل القانونية ، بل وضع له أيضا طرقا ووسائل يتحقق بها . (1)

وقد تضمن القانون المدني الجزائري ، على غرار القوانين العربية والقانون الفرنسي ، نصوصا قانونية تحدد كل واحدة منها الوسيلة التي يفسخ بها العقد الملزم للجانبين ، فنصت المادة 119 على أنه (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات) .

ونصت المادة 120 على أنه (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها ، وبدون حاجة الى حكم قضائي . وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين) .

---

(1) أنظر : الدكتور ابراهيم أبو النجا ، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير ، المرجع السابق (غير مطبوعة) .

ونصت المادة 121 على أنه (في العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب " استحالة "(1) تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون) .

وبناء على هذه النصوص السالفة البيان ، فان فسخ العقد ، قد يكون أمام القضاء ، وهذا هو الفسخ القضائي الذى أخذت به معظم التشريعات الحديثة ، على خلاف ما ذهب اليه القانون الألماني الذى جعل الفسخ بارادة الدائن المنفردة هو الأصل المادة 326 م .

وقد يكون الفسخ بالاتفاق ، أو بحكم القانون وفقا للمادتين 120 و 121 ، السابق الاشارة اليهما .

ولما كان الفسخ يتحقق بعدة طرق مختلفة أولها وفقا للنصوص القانونية ، الفسخ القضائي ، ثم الاتفاقي ، وأخيرا الفسخ بحكم القانون .

فلذلك يجب البدء بدراسة هذه الأنواع وفقا للترتيب الوارد في القانون لمعرفة ما هي الشروط والاجراءات التي يتطلبها القانون في كل منها ، ومدى سلطة كل من القاضي ، والدائن في ايقاع الفسخ ، وهل يجوز للمدين أن يتفادى الفسخ ؟ هذا ما نجيب عليه فيما يلي :

* * *

المبحث الأول

الفسخ القضائي

المطلب الأول

مفهومه ، شروطه ، اجراءاته

أولا — مفهومه :

المقصود من فسخ العقد عن طريق القضاء ، أن حل الرابطة التعاقدية لا يقع من تلقاء نفسه ، كقاعدة عامة ، نظرا لما لهذا الاجراء من خطورة بالغة على العقد .

---

(1) يلاحظ أن النص قد سقطت منه كلمة " استحالة " ، ولذلك يجب اضافتها لاستكمال المعنى المقصود .

ولذلك ينبغي تدخل القاضي ، واستصدار حكم قضائي بذلك ، وهو ما قضت به المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي ، صراحة بأن الفسخ ، لا يتم تلقائيا ، وانما يجب رفع دعوى به من طرف الدائن ، وصدور حكم من القاضي المرفوع أمامه النزاع ، فاذا ما قرر ذلك انحلت العلاقة التعاقدية[1] .

ولقد أخذت القوانين العربية[2] هذا الحكم عن القانون الفرنسي السالف الذكر ، وجعلت فسخ العقد أمام القضاء أمرا ضروريا ، لما لهذا الأخير من خبرة قانونية وموضوعية أكثر من ترك الأمر الى المتعاقدين .

وقد يبدو لأول وهلة ، أن المادة 119 من القانون المدني الجزائري وكذلك الأمر بالنسبة الى القوانين العربية ، لم تستلزم تدخل القضاء للحكم بالفسخ ، لأنها لم تنص به صراحة ، كما هي الحال بالنسبة الى المادة 1184 / 3 من القانون المدني الفرنسي .

غير أن هذا الشك يزول بالنظر الى مضمون النص ، وبعض عباراته ، ودليلنا على ذلك ، العبارات الواردة فيه اذ قال (يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه).

فهي عبارة تفيد الفسخ القضائي ، لأن المطالبة في حد ذاتها تكون أمام القضاء .

ثم ان عبارة (ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ ...) تؤكد أن حل الرابطة التعاقدية في العقود الملزمة للجانبين ، يكون بحكم القاضي .

ومما يؤكد أن الفسخ القضائي ، هو الأصل ، في القانون المدني الجزائري ، أن نص المادة 120 ، قد أورد استثناء على هذا الأصل وقضى بجواز الفسخ الاتفاقي ، دون أن يلجأ المتعاقد الى القضاء .

وهذا يعني أن اللجوء الى القضاء هو القاعدة العامة التي تقوم عليها نظرية فسخ العقد .

---

(1) أنظر: الدكتور أحمد حشمت أبوستيت ، المرجع السابق ص343 . الدكتور عبد الحي حجازي ، المقال السابق ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، المرجع السابق ، ص 144 ومابعدها .

(2) راجع : المادة 157 مدني مصري ، المادة 177 مدني عراقي ، المادة 158 مدني سوري ، المادة 159 مدني ليبي ، المادة 142 مدني سوداني ، المادة 172 مدني كويتي ، المادة 241 موجبات وعقود لبناني .

غير أن هذا الأصل العام لا يمنع من الاتفاق على الفسخ دون اللجوء الى القضاء ، ولولا ذلك ما كانت هناك حاجة لنص المادة 120 التي تقضي بجواز الفسخ الاتفاقي .

وقد يسأل سائل عن الحكمة من فسخ العقد قضائيا ، بدلا من فسخه بارادة المتعاقدين ، الذى اعتبره القانون حلا استثنائيا ، فنقول اجابة على ذلك ، ان القانون جعل الفسخ القضائي هو الأصل ، تفاديا لما قد يقع من أحد المتعاقدين من ظلم ، اذا استعمل الفسخ بارادته ، أى فصل لنفسه بنفسه ، وهو أمر بالغ الخطورة ، اذ قد ينتصف لنفسه بنفسه فيكون ذلك ، تحقيقا لمصلحته ، ولو على حساب المتعاقد الآخر ، فيفسخ العقد ، ويتخلص من التزاماته ، بينما لو رفع الأمر الى القضاء ، ما وقع الفسخ ، في بعض الحالات ، خاصة وأن القاضي له سلطة تقديرية في الفسخ كما سوف نرى في موضعه .

ثم ان القاضي المرفوع أمامه النزاع ، يكون أدرى من الناحية القانونية بتوافر الحق في الفسخ من عدمه ، وليس له علاقة بالعقد فيكون حكمه أكثر نزاهة ، من المتعاقد الذى هو طرف في العقد المراد فسخه .(1)

وعليه فان مفهوم الفسخ القضائي ، يعني ضرورة اللجوء الى القضاء(2) المختص من طرف الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ للمطالبة بحل العلاقة التعاقدية الذى يحق له بعد ذلك التحلل من التزاماته نحو المتعاقد الآخر الذى لم يقم بتنفيذ ما رتبه العقد من التزامات على عاتقه .

ويترتب على ذلك أن عدم التنفيذ ، في حد ذاته مهما بلغ لا يعني بأى حال أنه فسخ للعقد ، وانما يجعل العقد قابلا للفسخ(3) .

---

(1) أنظر : الدكتور ابراهيم أبو النجا ، المرجع السابق (محاضرات غير مطبوعة) .

(2) أنظر : الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 343 فقرة 330 . الدكتور وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ص 305 فقرة 533 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 407 فقرة 214 .

(3) Le Peltier, La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations, thèse Caen, 1934, p. 8.

ولكي يكون الفسخ جائزا من الناحية القانونية ينبغي أن تتوافر شروط موضوعية يمكن حصرها فيما يلي :

ثانيا — شـروطـه :

ليست كل العقود قابلة لطلب الفسخ ، ولا كل اخلال من أحد المتعاقدين يعدّ تقصيرا منه ، نحو المتعاقد الآخر ، وليس كل دائن يحق له طلب الفسخ ، فلكي يكون هناك حق في طلب الفسخ ، يجب توافر الشروط التالية :

الشرط الأول : أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين (1)

ذلك أن العقود متعددة الأنواع ، وليست كلها ملزمة للطرفين ، بل هناك منها ما هو ملزم لجانب واحد .

ولذلك يشترط القانون في طلب المتعاقد فسخ العقد ، أن يكون العقد من العقود التي تلزم المتعاقدين معا ، وهو ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 119 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالفسخ القضائي .

والحكمة من هذا الشرط أن العقود الملزمة للجانبين ، هي وحدها التي تنشأ عنها التزامات متقابلة .

وقد يحدث بعد انشائها أن يكون أحد المتعاقدين قد بدأ تنفيذ التزاماته أو نفذها ، دون المتعاقد الآخر ، فيقضي المنطق القانوني بأن للأول طلب فسخ العقد ، حتى يتسنى له التحلل من التزاماته أو أن يسترد ما يكون قد قدمه دون أن يحصل على مقابل .

أما العقود الملزمة لجانب واحد فهي لا تنشيء التزامات متقابلة أصلا ، بل تستقل فيها التزامات كل من المتعاقدين .

ويترتب على ذلك أنه لا يمكن القول بفسخ العقد في مثل هذه العقود لأنه لا فائدة من وراء ذلك بالنسبة الى الدائن ، حتى يصح الأخذ به (2) ، بل من

(1) أنظر في ذلك : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 403 فقرة 210 . الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 341 فقرة 376 . الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 ص 693 فقرة 467 . الدكتور مصطفى محمد الجمال والدكتور جلال علي العدوي ، المرجع السابق ص 293 .

(2) أنظر : الدكتور محمد لبيب شنب ، موجز في مصادر الالتزام ، المصادر الارادية ، العقد ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت 197 ، ص 287 فقرة 255 .

مصلحته ألا يطالب بالفسخ [1] ، وأن يبقى متمسكا بالعقد ويطالب بالتنفيذ .

ذلك أن الغاية من اباحة فسخ العقد ، سواء كان فسخا قضائيا ، أو اتفاقيا ، أو قانونيا ، هي اعطاء المتعاقد وسيلة للتخلص من الالتزامات التي تقع على عاتقه ، حين لا ينفذ المتعاقد الآخر التزامه المقابل .

ولذلك فان هذه الغاية من فسخ العقد في مجال العقود الملزمة لطرف واحد ، لا مبرر لها ، والا أصبحت نظرية فسخ العقد في حد ذاتها عبثا ، والقانون لا ينظم نظريات قانونية من أجل العبث .

وينبغي القول ، بأن هذا الشرط ، ليس قاصرا على الفسخ القضائي ، بل هو شرط عام [2] ، يجب توافره لايقاع الفسخ في جميع صوره ، سواء كنا بصدد الفسخ القضائي ، أو الاتفاقي ، أو القانوني ، ذلك أن المواد 119 و 120 و 121 وهي التي نظمت أنواع الفسخ ، قد تضمنته جميعا دون استثناء .

الشرط الثاني : <u>أن يكون هناك عدم تنفيذ من طرف أحد المتعاقدين</u>

لا يكفي لجواز طلب فسخ العقد ، أن يكون من العقود الملزمة للطرفين ، بل لابد الى جانب ذلك أن يكون هناك اخلال من جانب أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن ذات العقد المراد فسخه .

أما اذا كان عدم التنفيذ ، يرجع الى سبب أجنبي لا دخل للمدين فيه ، فان الحكم في هذه الحالة يكون فسخا للعقد بحكم القانون ، أو ما يسميه الفقه انفساخا ، وليس فسخا قضائيا [3] ، يشترط طلبه من القاضي .

---

(1) أنظر : الدكتور ، توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 290 .

(2) أنظر : الدكتور حسن الذنون ، القانون المدني العراقي ، المرجع السابق ص 120 .

(3) أنظر : الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص 335 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 406 . الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 361 . الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ص 172 .

ويترتب على ذلك أن عدم التنفيذ الذى يعتد به في مجال الفسخ القضائي ، هو عدم التنفيذ الذى يتسبب فيه أحد المتعاقدين نتيجة خطئه المتعمد أو اهماله ، أو اللامبالاة ، لما رتبه العقد من التزامات تعاقدية لها اعتبارها في المعاملات .

ويستوى بعد ذلك أن يكون عدم التنفيذ نهائيا ، أو جزئيا [1] ، أو مجرد التأخير فيه ، لأن هذا الأخير وان كان أقل جسامة من عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي [2] فانه قد يسبب ضياع المصلحة المرجوة من وراء هذا التعاقد .

ويستوى كذلك أن يكون عدم التنفيذ قد انصب على التزامات أساسية في العقد ، أو يكون واردا على التزامات تبعية .

ذلك أن العقود ترتب التزامات ليست على درجة واحدة من حيث الأهمية ، فهناك التزامات رئيسية ، كما هي الحال بالنسبة لنقل الملكية في عقد البيع ، فدفع الثمن مقابل الثمن ، أو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في عقد الايجار .

وهناك التزامات أخرى تبعية ، وهي أقل درجة من الأولى ، كالتزام البائع الى جانب نقل الملكية في عقد البيع بالتسليم ، والضمان ، والتزام المؤجر في عقد الايجار الى جانب تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، بأن يكون هذا الانتفاع ، انتفاعا هادئا ، خلال مدة الايجار ، وكذلك ألا يكون في العين المؤجرة عيب ينقص من منفعتها ، وفي نفس الوقت يلتزم المستأجر الى جانب دفع الثمن ، بالمحافظة على العين المؤجرة محافظة الرجل العادى .

فعلى الرغم من هذه الفروق بين الالتزامات الرئيسية ، والالتزامات التبعية فان كلا منها اذا لم يتحقق ، يعد اخلالا بالتزام تعاقدى في نظر القانون ، وبالتالي يجعل للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد لهذا السبب .

ذلك أن الحكمة من قيام نظرية فسخ العقد ، هي حماية المتعاقد الذى لم يستوف حقه من الآخر ، ولو كانت الالتزامات التي لم يتم بتنفيذها ، هذا الأخير تبعية ،

---

(1) أنظر : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 405 فقرة 212 .

(2) أنظر في هذا المعنى : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، المرجع السابق ، ص 791 فقرة 471 .

لأن تخلف تنفيذها ، قد يؤدى الى ضياع المصلحة من الأداء الرئيسي ، مما يجوز معه القول بأن من حق المتعاقد أن يطالب بفسخ العقد ، لأنه لا يستطيع أن يفصل بين الالتزامات الرئيسية التي نفذت والالتزامات التبعية التي لم تنفذ ، لأن هناك صلة بين الالتزامات .

ولقد أكد المشرع الجزائرى نفسه هذا الترابط ، في المادة 167 من القانون المدني ، اذ تنص على ما يلي : (الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم) .

وهو ما أشارت اليه أيضا ، مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدني المصرى اذ جاء فيها : (يتفرع عن الالتزام بنقل حق عيني متى عين الشيء المعقود عليه ، التزام تبعي ، يتمثل في وجوب تسليم هذا الشيء)(1) .

فدلّ ذلك على أن التسليم ، التزام تبعي ، وعدم القيام به يعتبر اخلالا بالتزام من الالتزامات التي ينشئها العقد ، مما يعطي الحق للمتعاقد الدائن ، في طلب الفسخ ، بل يجوز له طلب الفسخ حتى في حالة التأخير في تنفيذ هذا الالتزام ، كما لو باع شخص لشخص آخر سيارته ولم يقم بتسليمها له ، الا بعد فوات الميعاد المتفق عليه ، مما يجعل المشترى لا يستطيع القيام بالرحلة التي كان ينوى القيام بها .

ففي مثل هذه الحالات يعتبر التأخير اخلالا بالالتزام يجيز بسببه القانون للمتعاقد الآخر ، طلب فسخ العقد ، لأن عدم التسليم ، رغم أنه التزام تبعي ، قد يؤدى في حالات معينة الى حرمان المشترى من فائدة الأداء الرئيسي المتمثل في نقل الملكية .

كذلك يعتبر اخلالا بالالتزامات التعاقدية ، عدم تحقق الضمان الذى يرتبه القانون على البائع كالتزام تبعي ، سواء كان ذلك من الضمانات المتصلة بأصل المبيع أو بملحقاته (2) ، ما لم يكن الضمان الذى لم يحققه البائع للمشترى ضمانا من العيوب

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول ، المرجع السابق ، ص 199 .

(2) أنظر: الدكتور أسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية ، دار إقرأ للطباعة والنشر ، بيروت سنة 1981 ، الطبعة الأولى ص 203.

التي جرى العرف على التسامح فيها[1] ، اذ لا يجوز في مثل هذه الحالة ، أن يطالب المشترى بفسخ العقد .

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائرى قد أغفل النص على ضمان العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها .

في حين أن القوانين العربية قد نصت عليه صراحة ، وهو ما قضت به المادة 448 من القانون المدني المصرى بقولها (لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه) .

ولذلك يجب استدراك هذا النص في القانون المدني الجزائرى واضافة هذا الحكم فيه ، لأن هناك من العيوب في الحياة العملية ، ما يجوز التسامح فيها بين المتعاقدين .

وبناء على ذلك كله ، فان شرط عدم التنفيذ الوارد في المادة 119 المتعلقة بالفسخ القضائي يشمل كل هذه الصور السالفة الذكر لأن نص المادة السابقة الذكر لم يحدد التزامات معينة دون أخرى .

غير أن التخوف الذى يبدو من عمومية هذا النص ، سرعان ما يزول اذا ما علمنا أن السلطة التقديرية للحكم بالفسخ من عدمه ترجع في الأخير الى القاضي ، حتى عند توافر شروطه كما سوف نرى في موضع لاحق .

كذلك يجب على المتعاقد الذى يطلب فسخ العقد ، ألا يكون هو نفسه مخلا بالتزامه ، في مواجهة المتعاقد الآخر ، والا أصبح شأنه لا يختلف في شيء عن شأن المتعاقد معه [2] ، ومن ثم تطبق عليه القاعدة التي تقول : لا عهد لمن لا عهد له [3] .
(Non servandi fidem non et fidem servandi).

---

(1) أنظر : الدكتور أسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية ، المرجع السابق ، ص 71 ومابعدها .

(2) أنظر في ذلك : الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 373 .

(3) أنظر : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص 350 .

الشرط الثالث : أن يكون المتعاقد طالب الفسخ قادرا على اعادة الوضع الى ما كان عليه قبل التعاقد (1)

لم يرد هذا الشرط في نص المادة 119 التي حددت الشروط الواجب توافرها لطلب الفسخ ، ولكنه يستخلص من الآثار القانونية التي يرتبها فسخ العقد ، طبقا لما ورد في المادة 122 من نفس القانون ، اذ يترتب على حل الرابطة التعاقدية عن طريق الفسخ لنتيجة حتمية وهامة وهي اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد .

وانطلاقا من هذا المفهوم لآثار الفسخ ، كما سوف نرى بالتفصيل في حينه ، يجب على طالب الفسخ أن يكون قادرا على اعادة الحالة الى ما كانت عليه ، قبل ابرام العقد .

ويترتب على ذلك أنه اذا كان قد قبض أو تسلم شيئا من المتعاقد الآخر ، كتنفيذ جزئي للعقد ، ثم طلب فسخه ، لأن المتعاقد الآخر لم يقم بتقديم ما تبقى من الأجزاء الأخرى ، واجابه القاضي الى طلبه أي فسخ العقد لصالحه ، فيجب عليه أن يكون قادرا على رد ما أخذه من المدعى عليه .

أما اذا كان لايستطيع الرد ، كأن يكون قد تصرف ، فيما أخذه بالبيع مثلا ، فان ذلك يجعله عاجزا عن رده للمتعاقد معه الذى قدمه له كتنفيذ جزئي من مجموع الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد المراد فسخه (2) .

ويترتب على ذلك أن المتعاقد في هذه الحالة لايستطيع اعادة الحالة الى ما كانت عليه من قبل ، مما يؤدى الى فقدان حقه منذ البداية ، في المطالبة بفسخ العقد ، لتخلف هذا الشرط ، ولا يبقى أمامه الا المطالبة بالتنفيذ ، وهو الطريق

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 701 فقرة 472 . الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 342 فقرة 373 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 406 فقرة 213 .

(2) أنظر في ذلك : الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 343 . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 350 . الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ص 482 . الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 192 .

الذى لا يخلق في وجهه من الناحية القانونية ، لأنه هو الأصل ، وما الفسخ الا طريق احتياطي يلجأ اليه كل متعاقد توافرت له شروطه القانونية .

وتجدر ملاحظة أن استحالة الرد التي قد تقع من جانب المدين بالالتزام ، لا تمنع الدائن بهذا الالتزام من طلب الفسخ ، ذلك أن المدين الذى يكون قد تصرف فيما تسلمه من دائنه وبالتالي لا يستطيع رده ، يجوز الحكم عليه بالتعويض بدلا من الرد عينا ،(1) الى جانب فسخ العقد ، وهو ما قضت به المادة 1/119 من القانون المدني الجزائرى ، على غرار ما فعلته التشريعات العربية اذ أجازت جميعها الجمع بين الفسخ والتعويض (2)

وبناء على ما تقدم بيانه فان الفسخ القضائي لا يكون صحيحا الا بتوافر الشروط الموضوعية السالفة الذكر .

ومع ذلك فان مجرد تحقق الشروط التي يتطلبها القانون في هذا الميدان ، ليست هي التي تؤدى في حد ذاتها الى فسخ العقد ، وانما تؤدى الى اعطاء المتعاقد الحق في طلب الفسخ من القضاء ، ولكي يستطيع استعمال هذا الحق لا بد من اتباع اجراءات قانونية معينة يمكن تحديدها فيما يلي :

ثالثا — اجراءاته :

قد تتوافر الشروط القانونية السالفة الذكر ، فيكون من حق المتعاقد طلب الفسخ من القضاء ، ولكن حقه في طلب الفسخ لا يعني انفساخ العقد لأن من له الحق في طلب الفسخ ، قد يتوقف عند هذا الحد ، فلا يقع الفسخ .

ولذلك فلكي يقع الفسخ قضائيا ، لا بد من اتباع المتعاقد اجراءات أخرى ، يمكن بيانها فيما يلي :

---

(1) أنظر : الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 323.

(2) راجع في هذا الشأن المادة 1/157 من القانون المدني المصرى ، والمادة 177 من القانون المدني العراقي ، والمادة 158 من القانون المدني السورى ، والمادة 159 من القانون المدني الليبي .

الاجراء الأول : الاعـــذار

يجب على المتعاقد ، قبل أن يرفع دعوى بطلب فسخ العقد أن يقوم باعذار المتعاقد الآخر[1] ، مطالبا اياه بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الذي ينوى فسخه .

والسبب في ذلك ، أن مجرد حلول الأجل ، لا يعد اعذارا للمدين ، وفقا لما سارت عليه القوانين العربية ، على غرار ما أخذ به القانون المدني الفرنسي من قبل[2].

ومما يؤكد ضرورة الاعذار من الناحية القانونية والعملية معا ، أنه يدل دلالة قاطعة على اثبات اخلال المدين بالتزاماته وعدم وفائه بها بعد أن يوجه له الاعذار من طرف الدائن ، وهو ما قضت به كل من المادتين 119 / 1 المتعلقة بالفسخ القضائي ، و 120 المتعلقة بالفسخ الاتفاقي ، مما يدل على مدى أهمية الاعذار في مجال الفسخ لاعتبار المدين مقصرا في مواجهة الدائن .

واذا كان الاعذار على النحو السابق ، اجراء ضروريا ، في مجال فسخ العقد ، فهو أيضا مطلوب حين لا يكون الأمر متعلقا بالفسخ ، بل يتعلق بالتعويض عن التأخير في التنفيذ ، وهو ما قضت به المادة 179 من نفس التقنين بقولها ...
(لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك) .

وبناء على ذلك فان الاعذار ضروري في الحالتين سواء كنا بصدد طلب فسخ العقد أو طلب التعويض عن التأخير في التنفيذ .

غير أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا الاجراء ، أن الدعوى التي يرفعها الدائن لفسخ العقد ، دون أن يكون قد سبقها اعذار ، مرفوضة ، فهذا غير صحيح ولا يجوز قانونا ، لأن الدعوى في حد ذاتها تعتبر اعذارا للمدين بوجوب تنفيذ التزاماته[3].

---

(1) أنظر: الدكتور أنور سلطان ، المبادىء القانونية العامة ، المرجع السابق ص 342 .
الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 ، المرجع السابق ، ص 442 . الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 ص 720 فقرة 473 .
(2) يلاحظ أن بعض التشريعات تجعل حلول الأجل كافيا لاعذار المدين ، أشار اليها الدكتور محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام ، المرجع السابق ص 223 .
(3) أنظر: الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص 329 .

ومع ذلك فان الدعوى التي تكون مسبوقة باعذار أفضل بالنسبة الى الدائن ، لأنها تحقق له نتائج لا تحققها الدعوى التي لم يسبقها اعذار ، اذ أن القاضي غالبا ما يستجيب لطلب الفسخ والحكم بالتعويض [1] ، وهو أمر على درجة من الأهمية بالنسبة الى كل متعاقد زاهد في البقاء على العقد ومصر على فسخه .

واذا كان الأصل العام في هذا المجال ، هو ضرورة اعذار الدائن مدينه الذى لم ينفذ التزامه ، فان طالب الفسخ ، يعفى من هذا الاجراء في بعض الحالات ، مثال ذلك أن يصرح المدين كتابة بأنه لن ينفذ التزامه ، أو أن التزام المدين ، قد صار مستحيل التنفيذ بفعله هو [2] ، الى غير ذلك من الحالات المنصوص عليها في المادة 181 من القانون المدني الجزائرى .

والعلة من عدم ضرورة قيام الدائن باعذار مدينه أن الفائدة منه تنتفي عندئذ ، ومادامت الغاية قد انتفت فلا داعي للوسيلة .

وهكذا ينبغي على المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين ، الذى يختار طريق الفسخ عند حلول الأجل ، مع توافر الشروط السابقة الذكر ، أن يقوم باعذار المتعاقد الآخر ، لأن هذا الاجراء كما قلنا آنفا يعتبر دليلا ، على أن هذا الأخير قد أخل بالتزاماته التعاقدية ، ويحمل القاضي على الاستجابة لطلب الفسخ عندما ترفع الدعوى اليه [3] .

الاجراء الثاني : رفع دعوى الفسخ

يحدث في الحياة العملية أن يحل أجل تنفيذ العقد ، ويقوم الدائن بعد ذلك باعذار مدينه ، كما هو مطلوب قانونا ، وعلى الرغم من ذلك لا يقوم المدين ، بتنفيذ ما عليه من التزامات نحو المتعاقد الآخر .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 702 – 703 فقرة 473 .

(2) أنظر : الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 392 ، الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 408 .

(3) أنظر : الدكتور أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، المرجع السابق ص 342 .

ففي مثل هذه الحالات وهي كثيرة في الميدان العملي ، لا يعتبر الاعذار وحده كافيا لفسخ العقد ، بل لابد الى جانبه من أن يقوم الدائن بعد ذلك ، برفع دعوى يطلب فيها من القاضي فسخ العقد (1) .

والحكمة من ضرورة رفع دعوى بطلب الفسخ ، هي أن الاعذار الذى يقوم به الدائن عند حلول الأجل ، قد يعقبه تسامح مع مدينه في عدم التنفيذ أو التأخير فيه ، وليس هناك ما يمنعه من هذا التسامح من الناحية القانونية ، لأن من حقه أن يبقى متمسكا بالتنفيذ ، رغم عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام بعد اعذاره .

ويترتب على ذلك أن رفع الدعوى لفسخ العقد فسخا قضائيا أمر على درجة من الأهمية ، لا يمكن بأى حال من الأحوال الاستغناء عنه .

ذلك أن الدعوى في حد ذاتها باعتبارها الضمان الذى يخوله النظام القانوني لصاحب الحق ، لكي يلجأ الى القضاء لحماية حقوقه ، هي وسيلة من وسائل الحماية القانونية ، التي يتضمنها معنى الحق ، ولكنها ليست الحق في حد ذاته وفقا لما استقر عليه الفكر القانوني الحديث (2) .

فحق طلب الفسخ مثلا مصدره العلاقة التعاقدية التي تربط المدين بالدائن ، بينما مصدر الدعوى في حد ذاتها ، هو النزاع القائم حول تنفيذ ما رتّبه العقد من التزامات تعاقدية .

ويترتب على أن الدعوى وسيلة من وسائل الحماية القانونية التي قررها القانون لحماية الحقوق ، أنه لا يجوز الاتفاق على حرمان أحد الطرفين من رفعها ، كأن يتفق المدين مع دائنه على حرمان هذا الأخير من اللجوء الى القضاء عند عدم قيامه بالتنفيذ ، ليطلب فسخ العقد .

ذلك أن مثل هذا الاتفاق لا يقبله المنطق القانوني ، لأنه يجعل الدائن تحت رحمة المدين ، ان شاء نفذ التزامه وان لم يشأ فليس هناك وسيلة لحمله على ذلك .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 703 فقرة 473 .

(2) أنظر : الدكتور حسن علام ، موجز القانون القضائي الجزائرى سنة 1972 ص 57 ومابعدها .

واذا كانت دعوى الفسخ لها هذه الأهمية في مجال نظرية فسخ العقد ، فان ذلك لا يعني أنها تبقى قائمة مهما طالت المدة ، بل تتقادم بمضي 15 سنة من تاريخ ثبوت الحق في الفسخ ، وهو عادة تاريخ الاعذار الذى يوجه من الدائن الى المدين .

ذلك أن المشرع الجزائرى قد سوّى بين دعوى الفسخ ودعوى الابطال ، ولم يضع لها مدة خاصة تتقادم بها ، وبذلك خالف القانون المدني المصرى الذى جعل دعوى الابطال تتقادم تارة بمدة طويلة وتارة أخرى بمدة قصيرة بحسب الأحوال (1).

ولكن هل توافر الشروط القانونية التي سبق بيانها ، وقيام الدائن باعذار مدينه ، ثم رفع دعوى الفسخ ، يكفي لايقاع الفسخ دون اجراء آخر ؟

الواقع هو أنه لابد من صدور حكم قضائي يقضي بالفسخ ، نستعرضه فيما يلي :

الاجراء الثالث : ضرورة صدور حكم يقضي بالفسخ :

يجب على الدائن في العقود الملزمة للجانبين ، الذى رفع دعوى الفسخ ألا يعتبر نفسه متحللا من التزاماته نحو المدين ، بمجرد تحقق الشروط والاجراءات السابقة ، بل لكي يكون الأمر كذلك ، لابد من صدور حكم قضائي يقضي بفسخ العقد .

ذلك أنه قد يحدث بعد رفع دعوى الفسخ أن يقوم المدين بالتنفيذ ، فلا يكون هناك فسخ ، وقد لا يستجيب القاضي الى طلب الفسخ ، بما له من سلطة تقديرية في ايقاع الفسخ القضائي من عدمه (2) ، وذلك استنادا الى المادة 2/119 من القانون المدني الجزائرى ، وهو أيضا ما أخذت به كل القوانين العربية ، وكذلك الأمر بالنسبة الى القانون المدني الفرنسي (3) .

---

(1) أنظر في هذا الصدد : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ص 703.

(2) أنظر في ذلك : الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 343 . الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص 442 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 406 . الدكتور أنور سلطان ، المرجع السابق ص 341 . الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ص 173 . الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، المرجع السابق ص 703 فقرة 474 .

(3) راجع المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي .

يضاف الى ذلك كله ، أن الدائن الذى يتقدم الى القضاء بطلب فسخ العقد ، من حقه أن يعدل عن هذا الطلب ، ويتمسك بالتنفيذ قبل صدور الحكم النهائي ، وليس هناك ما يمنعه من ذلك من الناحية القانونية كما سوف نرى في حينه .

وبناء على ذلك ، فان الحكم الذى يصدره القاضي لايقاع الفسخ عند عدم وجود الاتفاق على الفسخ مسبقا ، ضرورى باعتباره عملا قانونيا ، يبنى على اجراءات وشروط قانونية سابقة له ، فهو الذى يتم به الوصول الى النتيجة المرجوة ، وهي فسخ العقد ، وبالتالي تحلل الدائن تبعا لذلك من التزاماته نحو المدين .

وعليه فان الحكم القضائي الذى يصدر في هذا الصدد يكون هو المنشئ للفسخ ، وليس مجرد عدم التنفيذ ، هو الذى ينشئ الفسخ .

وهذا هو الفرق الجوهرى الذى يميز الفسخ القضائي عن بقية أنواع الفسخ الأخرى التي سيأتي بيانها ، اذ يكون الحكم القضائي في هذه الحالات الأخيرة مقررا للفسخ ، وليس منشئا له (1) ، كما هو الحال بصدد الفسخ القضائي .

وبعد أن عددنا الشروط والاجراءات التي يجب اتباعها لايقاع الفسخ القضائي ، ينبغي أن نقول بادئ ذى بدء ، ان القاضي ليس ملزما رغم توافرها بأن يحكم بالفسخ ، بل ان له سلطة تقديرية في هذا المجال تتسع أو تضيق بحسب الظروف والأحوال ، نستعرضها فيما يلي :

* * *

المطلب الثاني

مدى سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه

نصت المادة 119 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائرى على ما يلي : (ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات) .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 703 فقرة 474 . الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ص 173 ، الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ص 144 ـ 145 .

يستفاد من هذا النص بدلالة قاطعة أن القاضي ليس مجبرا على الحكم بالفسخ ، بل له سلطة تقديرية مزدوجة[1] ، في مواجهة الدائن طالب الفسخ ، اذ يجوز له أن يعطي للمدين أجلا للقيام بالتنفيذ الذى لم يقم به ، قبل أن يحكم بفسخ العقد ، ويجوز له أيضا أن يرفض طلب الفسخ نهائيا ، اذا تبين له أنه لا مبرر للحكم به [2].

ولذلك يجب دراسة مدى سلطة القاضي التقديرية في مجال الفسخ القضائي ، أولا بالنسبة لمنح المدين أجلا للتنفيذ ، ثانيا ، رفض طلب الفسخ نهائيـــا ، وأخيرا ، مدى سلطة القاضي بالنسبة لفسخ العقد فسخا جزئيا ، وذلك على النحـــو الآتـــي :

أولا ــ مدى سلطة القاضي في منح المدين أجلا للتنفيذ قبل الحكم بفسخ العقد :

قد تتوافر للدائن الشروط القانونية لفسخ العقد ليتحلل من الالتزامات التي رتبها العقد على عاتقه ، ولكن القاضي ، بما له من سلطة تقديرية ، لا يحكم له فورا بالفسخ ، وانما يمنح المدين أجلا معينا للقيام بالتنفيذ ، لعله يقوم به خلال هذه الفترة ، مما يجعل الفسخ لا مبرر له ، اذا ما قام المدين بالتنفيذ خلال الأجل ، لأن الغرض الأصلي من ابرام العقود في الحقيقة هو تنفيذها ، وليس فسخها .

ولقد نص القانون المدني الجزائرى عن هذا الأجل زيادة عما جاءت به المادة 119 / 2 السالفة الذكر ، في المادة 281 / 2 منه التي تقول (غير أنه يجـــــوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية ، أن يمنحوا آجالا ملائمـــة للظروف ، دون أن تتجاوز هذه مدة سنة) .

مما يدل أن للقاضي سلطة ، في منح المدين أجلا معينا لتنفيذ التزامه .

غير أنه ينبغي القول بأن الأجل الذى جاءت به المادة 281 / 2 ، ليس هـــو ذات الأجل الذى قضت به الفقرة الثانية من المادة 119 / 2 .

(1) أنظر في هذا الصدد : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ص 167 ومابعدها . الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ص 706 . الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ص 174 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 409 . الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 292 ــ 293 . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 330 .

(2) أنظر : محمد أحمد الفكاك ، الفسخ بالارادة المنفردة في عقد العمل ، دراســـة مقارنة ، مكتبة الوحدة العربية ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى سنة 1966 ص 118 وما بعدها .

ذلك أن الأجل الذى يمنحه القاضي وفقا للفقرة الثانية من المادة 231 ، يكون بصدد دعوى التنفيذ ، فأساسه هو ، قواعد العدالة ، والتخفيف من شدة القاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين الواردة في نص المادة 106 من نفس التقنين السابق ذكره .

ويترتب على ذلك أن الأجل الذى يمنحه القاضي بصدد دعوى التنفيذ ، هو عبارة عن استثناء ، من تلك القاعدة العامة السالفة الذكر .

ومن ثم لا يجوز للقاضي منح المدين أجلا في حالة دعوى المطالبة بالتنفيذ ، الا في حالات خاصة ، تتطلبها حالته الاقتصادية أو مركزه المالي كما هو وارد في النص المذكور.

وفضلا عن ذلك فان الأجل في دعوى التنفيذ لا يجوز أن تتعدى مدته سنة ، وألا يكون مخالفا لنص قانوني آخر ، أو يؤدى التأجيل الى الحاق ضرر بالدائن .

أما منح القاضي للأجل وفقا للفقرة الثانية من المادة 119 ، فانه يكون بصدد دعوى أخرى ، هي دعوى الفسخ ، ومن ثم فأساسه ، هو الحد من صرامة الفسخ في حد ذاته باعتباره جزاء ووسيلة خطيرة يترتب على استعمالها آثار بالغة الخطورة بالنسبة الى العقد في جميع أجزائه .

ولذلك فان منح المدين أجلا للتنفيذ يمكن بواسطته تفادى ما قد ينتج من جراء فسخ العقد ، ومن هنا يكون الأجل في مجال الفسخ في واقع الأمر ، هو السعي من أجل المحافظة على بقاء العقد وتنفيذه ما أمكن .

وتبرز أهمية منح المدين أجلا ، اذا ما علمنا أن الدائن في بعض الحالات يرفع دعوى الفسخ ، بعد حلول الأجل المتفق عليه للتنفيذ ، مما يجعل القاضي يرى أن ذلك غير كاف للحكم بفسخ العقد [1] ، وقد يكون المدين نفسه حسن النية بالنسبة لهذا التأخير ، وأن ذلك لا يلحق بالدائن أى ضرر [2] .

---

(1) أنظر في ذلك : لبلتييه (Le Peltier) فسخ العقد لعدم التنفيذ ، المرجع السابق ص 233 .

(2) أنظر في هذا المجال : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ص 170 ومابعدها .

ولذلك فاذا كان الأجل الذى منحه القاضي في مجال دعوى التنفيذ يعتبر من النظام العام ، بحيث لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاده [1] ، فان مثل هذا الاتفاق جائز في نظرنا في مجال دعوى الفسخ ، وخاصة عندما يتعلق الأمر بالفسخ الاتفاقي المنصوص عليه في المادة 120 من القانون المدني الجزائرى ، اذ أجازت هذه المادة عدم اللجوء الى القضاء لايقاع الفسخ ، وهذا يعني حرمان القاضي من سلطته في منح المدين أجلا للتنفيذ .

مما يصح معه القول بأن الأجل الذى يمنحه القاضي في ميدان الفسخ ليس من النظام العام[2] كما هو الشأن بالنسبة الى الأجل المذكور في المادة 2/231 المتعلق بدعوى التنفيذ .

ولما كان للقاضي في مجال دعوى الفسخ سلطة تقديرية ، فانه يستطيع قبل الحكم بالفسخ ، أن يمنح المدين أجلا لعله يتراجع عن موقفه السابق ويقوم بتنفيذ ما عليه من التزامات لصالح المتعاقد طالب الفسخ [3] .

ويجب الا يفهم من ذلك أن القاضي يصدر حكما بشأن الأجل وآخر بشأن الفسخ ، وانما هو يصدر حكما واحدا يقضي فيه بفسخ العقد اذا انقضت المدة الممنوحة للمدين دون تنفيذ من تاريخ اعلان الحكم .

ويترتب على ذلك أن الدائن طالب الفسخ ليس مطالبا بالرجوع الى القاضي ، عند انتهاء مدة الأجل الممنوحة للمدين دون أن ينفذ التزامه ، لاتخاذ اجراءات أخرى ، وانما بمجرد انتهائها يعتبر العقد مفسوخا بالنسبة اليه ، ويصبح تبعا لذلك متحللا من الالتزامات التي كانت على عاتقه نحو المدين .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 707.

(2) يلاحظ أن الدكتور وحيد رضا سوار يخلط بين النوعين اذ جعلهما من النظام العام ، ولا عبرة للاتفاق الذى يكون بين المتعاقدين في مجال سلطة القاضي التقديرية بالنسبة للأجل .

في حين أن النصوص القانونية في مجال الفسخ الاتفاقي تجيز ابعاد سلطة القاضي بالاتفاق كما سوف نرى في موضع لاحق ، راجع في ذلك : مؤلفه السابق ، ص 308 فقرة 536 .

(3) أنظر : الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 174 .

وإذا حدث أن أصدر القاضي حكما باعطاء المدين أجلا ، ولم يتضمن هذا الحكم ، فسخ العقد عند عدم التنفيذ ، بعد انقضاء مدة الأجل التي منحت للمدين ، فلا يعني ذلك أن للقاضي أن يمنحه أجلا آخر(1) ، ذلك أن سلطة القاضي في منح الأجل في الواقع ، استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن لكل متعاقد الحق في طلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته التعاقدية الواردة في الفقرة الأولى من المادة 119 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالفسخ القضائي .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يطغى الاستثناء باعتباره فرعا على القاعدة العامة التي تعتبر هي الأصل .

ونشير الى أن السلطة التقديرية التي يستمدها القاضي من القانون بالنسبة الى منح المدين أجلا ، أو عدم منحه ، لا تقتصر على عقد معين أو حالة محددة ، بل يجوز له استعمال هذه السلطة في جميع العقود التي تقبل الفسخ ، دون رقابة عليه من المجلس الأعلى (2) .

غير أن هذه السلطة التقديرية في منح المدين أجلا للتنفيذ ، لا ينبغي أن يبالغ فيها ، بل هناك حالات لا يجوز فيها للقاضي أن يمهل المدين كما لو كان هذا الأخير ملتزما بعدم القيام بعمل ، ولكنه قام به ، اذ يصبح التنفيذ الذى يرجوه الدائن والذى تعاقد من أجله مستحيلا ، مما يجعل اعطاء الأجل من طرف القاضي لا فائدة منه .

كذلك الحال بالنسبة الى الحالات التي يلتزم فيها المدين بالقيام بعمل في وقت معين ، ثم لا يقوم به ، مما يجعل التنفيذ بعد ذلك لا فائدة منه بالنسبة الى الدائن ، وبالتالي ، لا فائدة من اعطاء المدين أجلا للتنفيذ .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 707 . الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ص 173 . الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 344 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 409 .

(2) أنظر : قرار المجلس الأعلى المتعلق برفض طلب النقض الصادر بتاريخ 26 ماى 1976 ، بشأن القرار الصادر من مجلس قضاء وهران بتاريخ 18 جويليه 1973 .

وغني عن البيان أن المدين سيء النية ، لا يجوز للقاضي أن يمنحه أجلا للتنفيذ ، في مجال فسخ العقد ، وغيره من الأنظمة القانونية الأخرى .

ذلك أن الأصل في تنفيذ العقود ، هو حسن النية[1] ، أما اذا كان أحد المتعاقدين سيء النية ، فيجب مجازاته بجزاء مشدد ، لا أن يعامل معاملة حسنة ، لأن حسن النية من المبادىء التي يتطلبها القانون عند تنفيذ العقود ، وفقا لما تقضي به المادة 107 من القانون المدني الجزائري وسائر التشريعات في الوقت الحاضر .

وهكذا يتضح لنا ، أن منح المدين أجلا للتنفيذ ، قبل الحكم بالفسخ ، أمر متروك للقاضي الذي يعرض عليه النزاع كقاعدة عامة ، فان رأى فائدة منه منحه للمدين ، وان تبين له أنه لا جدوى منه حكم بالفسخ فورا دون منحه أجلا .

واذا كنا قد عرفنا أن للقاضي سلطة تقديرية في منح المدين أجلا أو عدم منحه ، فذلك لا يعني بأي حال من الأحوال أن سلطته قاصرة على منح الأجل في مجال الفسخ ، بل تتجاوز ذلك الى رفض طلب المتعاقد طالب الفسخ ، وهذا ما نستعرضه فيما يلي :

ثانيا — مدى سلطة القاضي التقديرية في رفض طلب الفسخ :

يتجه القانون الحديث[2] ، ويسايره في ذلك القضاء ، الى أن مسألة الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به ، مسألة جوازية ، تخضع الى سلطة القاضي التقديرية ، وهو ما تقضي به الفقرة الأخيرة من المادة 119 المتعلقة بالفسخ القضائي ، حين صرحت بأنه يجوز للقاضي رفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات .

---

(1) أنظر تفصيلا لذلك : عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير ، المرجع السابق ص 2 وما بعدها .

(2) راجع المادة 157 مدني مصري ، و 158 مدني سوري ، و 159 مدني ليبي ، و 177 مدني عراقي ، و 1184 مدني فرنسي .

من هذا المنطلق يحق لنا القول بأن للقاضي دورا هاما في تقدير جسامة عدم التنفيذ الذى أدى بالدائن الى المطالبة بفسخ العقد .

ذلك أن عدم التنفيذ ، الذى يشكو منه المتعاقد الدائن بالالتزام ، ليس دائما على درجة واحدة ، فقد يكون عدم التنفيذ كليا ، أى أن جميع الالتزامات التي رتبها العقد لم تنفذ ، وغالبا ما يستجيب القاضي لطلب الفسخ في مثل هذه الحالات .

غير أن عدم التنفيذ قد يكون جزئيا ، في بعض الحالات الأخرى ، وفي هذه الأخيرة تظهر أهمية سلطة القاضي التقديرية في تقدير جسامة عدم التنفيذ ، حتى يقضى بالفسخ أو بعدم الفسخ . (1)

وينبغي للقاضي بما له من سلطة تقديرية ، لكي يصل الى معرفة عدم التنفيذ ، هل هو على درجة من الجسامة ، بحيث يبرر الحكم بالفسخ ، أو أنه غير ذى أهمية ، وبالتالي فلا مبرر لفسخ العقد ، ينبغي للقاضي أن يستعين بالمعيارين التاليين حسب الظروف والأحوال وهما :

المعيار الأول : معيار ذاتي

من المعروف أن عدم التنفيذ المطروح أمام القاضي تختلف أهميته ، من حيث وجهة نظر ، كل من المدين باعتباره هو المدعى عليه والدائن باعتباره هو المدعي ، والقاضي باعتباره ، هو الذى يحكم في النزاع المطروح أمامه .

ولذلك فالمقصود من المعيار الذاتي في هذا المجال ، هو بالنسبة الى الدائن فقط .

ويترتب على هذا المفهوم للمعيار الذاتي الذى يستعين به القاضي عند تقديره لجسامة عدم التنفيذ ، أن يأخذ في اعتباره نية المتعاقد الدائن بالالتزام ، فان وجد أن عدم التنفيذ ولو أنه جزئي يحرم الدائن من أداء يعتبر في نظره ، أهم عنصر في العقد كان ذلك كافيا ، لأن يحكم بالفسخ (2) .

---

(1) يلاحظ أن بعض التشريعات كالقانون الألماني لا تجيز فسخ العقد عندما يكون عدم التنفيذ جزئيا ، وانما تعطي للدائن الحق في التعويض فقط .

(2) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ، ص 176 ومايليها .

أما اذا لم يجد هذه الأهمية لدى الدائن ، فيستطيع أن يرفض طلب الفسخ .

وقد وردت في عقد البيع عدة تطبيقات لهذا المعيار الذاتي ، اذ تنص المادة 365 من القانون المدني الجزائرى على أنه : (. . . لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد للنقص في المبيع ، الا اذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشترى لما أتم البيع) .

كما تنص المادة 370 من نفس القانون على أنه : (اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشترى ، إما أن يطلب فسخ العقد ، اذا كان النقص جسيما ، بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع ، وإما أن يبقى المبيع مع انقاص الثمن) .

وانطلاقا من هذه النصوص الصريحة التي لا تدع مجالا للشك في أن المعيار الذاتي بمفهومه السابق الذكر ، هو الأساس الذى يستعين به القاضي ، خلال تقديره لأهمية عدم التنفيذ الذى تسبب فيه المدين ، وذلك بأن يعول على ارادة الدائن بالالتزام لا على ارادة المدين ولا الى ارادته هو نفسه (أى القاضي) .

غير أنه يلاحظ في هذا المجال أن المقصود من ارادة الدائن التي يعول عليها ، هي ارادة كل دائن على حدة ، وليس ارادة الدائن العادى .

ذلك أن ما يعتبره أحد الدائنين مهما ومفيدا في عقد من العقود الملزمة للجانبين ، قد لا يراه متعاقد آخر على هذا الوجه ، أى أن المعيار شخصي لكل دائن . (In concreto)

ومما لا شك فيه حسب رأينا ، أن هذا المعيار الذاتي يحقق العدالة التي تنشدها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين الواردة في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائرى وسائر القوانين الحديثة .

ذلك أن القاضي حين يستعين بالمعيار الذاتي ، لا يقف عند القيمة المادية للالتزامات المتقابلة ، وانما يتجاوزها الى أهميتها في نظر المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ .

ويترتب على الأخذ بهذا المعيار الذاتي ، أن مهمة القاضي لا تكون عسيرة ، بعد أن يصل الى معرفة أهمية عدم التنفيذ بالنسبة الى الدائن بالالتزام ،

بحيث يستطيع الحكم بالفسخ أو رفضه مباشرة ، دون أن يتبع معايير حسابية قد تكون معقدة جدا في بعض الحالات .

وإذا كنا نقول بالمعيار الذاتي ، فينبغي الا يؤخذ على اطلاقه اذ أنه لا يسعف القاضي في جميع الحالات ، للوصول الى الحقيقة .

ذلك أن نية المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ يصعب في بعض الحالات التحقق منها ، كما أن عدم التنفيذ ، قد يتخذ صورا متعددة في الحياة العملية ، ليس من السهل الاعتماد فيها ، على المعيار الذاتي ، بل لابد من الاستعانة بقواعد موضوعية ينظر فيها القاضي الى كمية الالتزامات التي لم تنفذ بالنسبة الى كامل الالتزامات التعاقدية التي تكون قد نفذت ، وهو ما يمكن تسميته بالمعيار الكمي الذى نستعرضه على النحو الآتي :

<u>المعيار الثاني : معيار كمي</u> (Un critère quantitatif)

اذا كان الوضع العام بالنسبة الى القوانين العربية ومنها بطبيعة الحال القانون المدني الجزائرى ، هو الاعتداد بالمعيار الذاتي ، مسايرة للقانون الفرنسي في ذلك ، فان هذا لا يمنع القاضي في مجال بحثه من تقدير جسامة عدم التنفيذ ، ليحكم بعد ذلك بفسخ العقد أو بعدم فسخه ، من أن يستعين بالقواعد الموضوعية للوصول الى الحكم الذى سيصدره بعد تحققه من صحته .

والمقصود من القواعد الموضوعية التي يستند اليها القاضي خلال بحثه في تقدير جسامة عدم التنفيذ ، هو ألا يكون تقديره دائما على أساس نظرة الدائن الى مصلحته المعتدى عليها من طرف المتعاقد الآخر ، بل لابد من الأخذ بعين الاعتبار بما يرتبه عدم التنفيذ من الاختلال في التوازن بالنسبة الى الالتزامات المتقابلة ، في مجموعها ، ولو لم يكن الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ يتوقع ذلك (1)، عند ابرامه العقد مع المتعاقد الآخر .

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ، ص 177 ومابعدها .

ويترتب على الأخذ بما يقع من اختلال في الوجود المادي للعقد من حيث الالتزامات المتولدة عنه ، أن للقاضي أن يلجأ اليه للاستغناء عن البحث في مدى أهمية ما لم ينفذ بالنسبة الى المتعاقد الدائن بالالتزام ، ويكفيه للحكم بالفسخ أو رفضه ، أن يقارن مقدار ما لم ينفذ من التزامات بالنسبة الى كامل الالتزامات التي رتبها العقد ، ومن ثم فان وجد أن الالتزامات التي لم تنفذ قليلة الأهمية كما هو وارد في نص المادة 2/119 من القانون المدني الجزائري بالنسبة الى كامل الالتزامات الأخرى ، حكم برفض طلب فسخ العقد ، أما اذا وجد ما تفوق ما نفذه المدين ، فما عليه الا أن يستجيب لطلب الفسخ .

ولقد أورد المشرع الجزائري تطبيقات لهذا المعيار ، بصدد تنظيمه لعقد الايجار ، اذ تنص المادة 477 منه على أنه : (اذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذي أجرت في (1) أجله أو طرأ على هذا الانتفاع نقص كبير ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الايجار أو نقص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال) .

كما نصت المادة 2/431 من نفس القانون على أنه : (اذا كان هلاك العين جزئيا ، أو اذا أصبحت العين في حالة لا تصلح للانتفاع الذي أعدت من أجله ، أو نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ، ولم يكن ذلك من فعل المستأجر ، فيجوز لهذا الأخير اذا لم يقم المؤجر في الوقت المناسب برد العين الى الحالة التي كانت عليها ، أن يطلب حسب الظروف ، إما انتقاص ثمن الايجار ، أو فسخ الايجار نفسه) .

وكذلك تنص المادة 1/482 من نفس القانون على أنه : (لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من اجراء الترميمات المستعجلة التي تحفظ العين المؤجرة ، على أنه اذا ترتب على هذه الترميمات ، اخلال كلي ، أو جزئي بالانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستأجر أن يطلب حسب الظروف ، إما فسخ العقد أو انقاص ثمنه) .

---

(1) يلاحظ أن النص قد ورد فيه خطأ مادي يجب تصحيحه ، اذ جاءت فيه عبارة (أجرت في أجله) والصحيح ، أجرت من أجله .

ويستفاد من هذه النصوص القانونية أن المشرع قد أعطى للدائن بالالتزام في هذه الحالات الحق في طلب الفسخ عندما يكون النقص في الانتفاع نقصا كبيرا .

ولذلك يجب على القاضي المعروض عليه طلب الفسخ ، لكي يقدر مدى جسامة عدم التنفيذ أن يعتد بكمية الالتزامات التي نقصت من جملة الالتزامات الناشئة عن العقد المراد فسخه .

ومما يسمح للقاضي بأن يأخذ بالمعيار الكمي في هذا المجال أن النصوص السالفة الذكر ، جميعها جاءت متضمنة لعبارة (حسب الظروف) ، والمقصود منها ، هي الظروف التي تلابس العقد عند تنفيذه لا الظروف التي قد تحدث عند ابرامه ، وهذا دليل آخر على أن القاضي وهو يقدر مدى أهمية عدم التنفيذ ، لا ينظر الى ما كان يقصده المتعاقد الدائن من الانتفاع عند التعاقد ، بل ينظر الى الكمية التي نقصت منه بعد تدخل هذه الظروف .

ومعنى ذلك أن القاضي في مثل هذه الحالات السابقة ، يستعين بالضوابط والقواعد الموضوعية ، وعلى هداها يستطيع أن يحكم بفسخ العقد أو يرفض طلبه .

واذا كان المشرع قد أتى بهذه التطبيقات في مجال عقد البيع ثم في عقد الايجار ، وأخذ فيهما بالمعيار الكمي ، فلا يعدو ذلك أن يكون تطبيقا لمبدأ عام ، أوردته الفقرة الأخيرة من المادة 119 من القانون المدني الجزائري التي تقول : (ويجوز للقاضي . . . كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات) .

ذلك أن الأهمية الواردة في النص لا يمكن تفسيرها الا على النحو السابق بيانه .

وهكذا يتجلى مما تقدم بيانه في هذا المجال ، أن طلب الفسخ الذى يتقدم به الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، ما هو الا أمر جوازى بالنسبة الى القاضي .

ويترتب على ذلك أن القاضي ليس مجبرا على الحكم لصالح من تقدم بطلب الفسخ ، وانما له سلطة تقديرية في ذلك ، فقد يحكم لصالح الدائن بفسخ العقد ، وبالتالي يتحلل الدائن من التزاماته نحو المدين تبعا لذلك ، وقد يرفض الفسخ ، فيبقى العقد قائما ، والدائن ملتزما .

وللوصول الى اتخاذ أحد الحكمين لابد للقاضي من أن يستعين تارة بمعيار شخصي ، وأخرى بمعيار كمي .

ويستفاد من هذه النصوص القانونية أن المشرع قد أعطى للدائن بالالتزام في هذه الحالات الحق في طلب الفسخ عندما يكون النقص في الانتفاع نقصا كبيرا .

ولذلك يجب على القاضي المعروض عليه طلب الفسخ ، لكي يقدر مدى جسامة عدم التنفيذ أن يعتد بكمية الالتزامات التي نقصت من جملة الالتزامات الناشئة عن العقد المراد فسخه .

ومما يسمح للقاضي بأن يأخذ بالمعيار الكمي في هذا المجال أن النصوص السالفة الذكر ، جميعها جاءت متضمنة لعبارة (حسب الظروف) ، والمقصود منها ، هي الظروف التي تلابس العقد عند تنفيذه لا الظروف التي قد تحدث عند ابرامه ، وهذا دليل آخر على أن القاضي وهو يقدر مدى أهمية عدم التنفيذ ، لا ينظر الى ما كان يقصده المتعاقد الدائن من الانتفاع عند التعاقد ، بل ينظر الى الكمية التي نقصت منه بعد تدخل هذه الظروف .

ومعنى ذلك أن القاضي في مثل هذه الحالات السابقة ، يستعين بالضوابط والقواعد الموضوعية ، وعلى هداها يستطيع أن يحكم بفسخ العقد أو يرفض طلبه .

واذا كان المشرع قد أتى بهذه التطبيقات في مجال عقد البيع ثم في عقد الايجار ، وأخذ فيهما بالمعيار الكمي ، فلا يعدو ذلك أن يكون تطبيقا لمبدأ عام ، أوردته الفقرة الأخيرة من المادة 119 من القانون المدني الجزائري التي تقول : (ويجوز للقاضي ... كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات) .

ذلك أن الأهمية الواردة في النص لا يمكن تفسيرها الا على النحو السابق بيانه .

وهكذا يتجلى مما تقدم بيانه في هذا المجال ، أن طلب الفسخ الذى يتقدم به الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، ما هو الا أمر جوازى بالنسبة الى القاضي .

ويترتب على ذلك أن القاضي ليس مجبرا على الحكم لصالح من تقدم بطلب الفسخ ، وانما له سلطة تقديرية في ذلك ، فقد يحكم لصالح الدائن بفسخ العقد ، وبالتالي يتحلل الدائن من التزاماته نحو المدين تبعا لذلك ، وقد يرفض الفسخ ، فيبقى العقد قائما ، والدائن ملتزما .

وللوصول الى اتخاذ أحد الحكمين لابد للقاضي من أن يستعين تارة بمعيار شخصي ، وأخرى بمعيار كمي .

غير أنه يجب عدم التوسع في الأخذ بهذا المعيار الأخير ، اذ أن المبالغة فيه تجعل الفسخ القضائي ، كالفسخ بقوة القانون ، بحيث اذا ما توافرت نسبة معينة ، يكون على القاضي أن يحكم بالفسخ ، وهذا ما يتنافى مع السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في حالة فسخ العقد فسخا قضائيا .

واذا كان للقاضي كما رأينا من قبل سلطة تقديرية ، تدور بين فسخ العقد كليا ، أو رفضه رفضا تاما ، ألا يمكن أن يستعمل هذه السلطة استعمالا معتدلا ، بحيث لا يترتب على استعمالها فسخ العقد في جميع أجزائه ، ولا يترتب أيضا على استعمال القاضي لها رفض الفسخ كلية ، وانما يترتب عليها فسخ العقد فسخا جزئيا ؟ هذا ما نستعرضه فيما يلي للاجابة عن هذا التساؤل .

ثالثا ــ <u>مدى سلطة القاضي في فسخ العقد فسخا جزئيا :</u>

من المعروف أن قواعد نظرية فسخ العقد العامة ، تقضي بأن يكون فسخ العقد بالنسبة الى جميع أجزاء العقد عندما يكون عدم التنفيذ كليا ، أى أن يكون المدين بالالتزام ، لم يقم بالتنفيذ ، ولو في جزء بسيط من العقد ، والقول بغير ذلك يخالف المنطق الذى قامت عليه نظرية الفسخ ، ويخالف المنطق القانوني بصفة عامة .

ومن المعروف أيضا أن فسخ العقد كليا ، أو رفضه رفضا نهائيا ، هو الأصل العام الذى تبنى عليه سلطة القاضي التقديرية ، ومن أجله وجدت النظرية العامة للفسخ .

غير أنه يرد على هذا الأصل العام استثناء يجيز فيه القانون والمنطق القانوني ، للقاضي أن يتخذ موقفا وسطا بين فسخ العقد كليا أو رفضه كليا ، وذلك بأن يفسخ جزءا منه ، ويبقي بقية الأجزاء الأخرى(1) ، وليس هناك ما يمنعه من ذلك ، ويتحقق هذا الحل عندما يكون عدم التنفيذ جزئيا أيضا ، كأن يقوم المدين بتنفيذ بعض التزاماته الناشئة عن العقد ويحجم عن اتمام تنفيذ ما بقي منها في ذمته .

ومما لاشك فيه أن الفسخ الجزئي للعقد ، يقع في العقود التي تتضمن أداءات متتابعة أكثر من غيرها ، كما لو كان الأمر يتعلق بعقد من عقود التوريد ، اذ تنشأ عنه مجموعة التزامات متقابلة ، تكون في معظم الحالات ، مجموعة من الأداءات ، مستقلا

---

(1) أنظر في هذا المعنى : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ص 701 فقرة 471 .

بعضها عن بعض ، من حيث كيانها الاقتصادى ، وتحقق كل مجموعة منها مصلحة المتعاقدين ، ولو لم تنفذ جميع الأجزاء الأخرى .

ولذلك فانه يترتب على قابلية هذه العقود للانقسام الى عدة مجموعات من الأداءات ، أنه يجوز الحكم بالفسخ على احداها دون ، أن يمس بقية الأداءات الأخرى ، ولا أن يؤثر عليها ، لأنه مهما بلغت أهمية الجزء الذى حكم بفسخه ، فلن تكون في مستوى مجموع الأداءات الباقية .

ويجب التنبيه الى أن الفسخ الجزئي لا يعني أنه يجوز الحكم به حتى لو عارض الدائن ، بل الأمر على خلاف ذلك ، اذا تمسك الدائن بأهمية ما لم ينفذ بالنسبة اليه ، اذ لا يجوز للقاضي في مثل هذه الحالات الحكم بالفسخ الجزئي ، ونكون بذلك قد أخذنا بالمعيار الذاتي السابق بيانه ، لأنه هو الأصل الذى تتضمنه القوانين العربية ، وليس المعيار الكمي كما يرى بعض الفقهاء[1] في هذا الصدد .

كذلك لا يجوز الحكم بالفسخ اذا كان العقد من العقود التي لا تقبل التجزئة ، مما يضطر القاضي الى فسخه كليا ، أو رفضه كليا .

ولما كان الفسخ الجزئي في واقع الأمر ، ما هو الا استثناء من الأصل العام ، وهو فسخ العقد كليا أو رفضه نهائيا من طرف القاضي الذى يرفع اليه النزاع ، فلذلك يجب ألا يطبق في جميع العقود ، بل يجب قصره على عقود المدة ، لأنها هي العقود التي يمكن أن يطبق فيها الفسخ الجزئي الذى يحقق مصلحة المتعاقدين معا ، في أغلب الحالات ، وبالتالي لا تكون هناك ضرورة ، ولا مبرر لأن يحكم القاضي بفسخ العقد كليا ، أو رفضه رفضا تاما .

ولقد ذهب بعض الفقهاء[2] الى أن القاضي المرفوع أمامه النزاع لا يستطيع أن يحكم بالفسخ الجزئي ، وانما عليه أن يحكم برفضه في جميع أجزائه ، أو الحكم به كليا .

---

(1) قال بهذا الرأى الدكتور عبد الحي حجازى ، في مقاله المشار اليه سابقا ، المرجع السابق ، ص 131 ومابعدها .

(2) قال بهذا الرأى ، موسكو ، أشار اليه الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق المرجع السابق ، ص 133 هامش 3 .

هذا الرأى في نظرنا غير سائغ ويجب عدم الأخذ به ، ذلك أنه لا يوجد من الناحية القانونية ما يمنع القاضي من فسخ العقد فسخا جزئيا ، لأن الذى يملك الأصل يملك الفرع .

يضاف الى ذلك ، أن الفسخ الجزئي هو الحل الوحيد الذى يحقق في بعض الحالات مصلحة المتعاقدين معا ، ومادام الأمر كذلك ، فلا داعي الى حرمـــان الطرفين منه ، والا كانت سلطة القاضي التقديرية مسألة تحكمية ، وليس هذا هــو الغرض منها في نظر القانون الحديث .

وبناء على ما تقدم بيانه ، يمكننا القول بأن سلطة القاضي التقديرية في مجال الفسخ القضائي لا تقف عند حد الحكم بفسخ العقد أو رفضه ، بل تتجاوز ذلك الى حل وسط يترتب عليه اجابة الدائن الى طلبه في جزء منه ، مع الابقاء فـــي ذات الوقت على بقية أجزاء العقد الأخرى ، وهو ما قضت به كل من المادتين 370 و 441 من القانون المدني الجزائرى السابق ذكرهما .

وهكذا نجد سلطة القاضي التقديرية واسعة الى أبعد الحدود ، غير أننــا لا نوافق الرأى الذى يقول بأن سلطة القاضي تتسع كلما كان المدين سيء النية(1).

ذلك أنه لا يسوغ القول بأن سلطة القاضي في مثل تلك الحالات واسعة ، بل بالعكس فسلطته ، هنا أضيق منها في الحالات التي يكون فيها المدين الذى لم ينفذ التزامه ، حسن النية ، لأن القول بأن سلطة القاضي تتسع في حالة وجود سوء النيـة يفيد بأن في استطاعته الحكم بالفسخ ، أو رفضه ، في حين أن الأمر على خلاف ذلك ، اذ لا يجوز له رفض طلب الفسخ عندما يكون المدين سيء النية ، أو حتى الحكم بالفسخ جزئيا ، بل من المفروض عليه أن يحكم بالفسخ ، بصرف النظر عن كل الاعتبارات التي سبق بيانها من قبل .

ذلك أن القانون يحرص كل الحرص ، على عدم الاخلال بمبدأ من أهم المبادىء القانونية ، في مجال تنفيذ العقود ، وهو مبدأ حسن النية(2) ، الذى تضمنته كـل التشريعات قديمها وحديثها ، ومنها التشريع الجزائرى في المادة 107 السابق الاشارة اليها .

(1) أنظر : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ص 203 .
(2) أنظر : تفصيلا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ومدى أهميته ، عبد الجبار ناجي الملا صالح ، رسالة الماجستير السابق الاشارة اليها ، ص 2 ومابعدها .

ومن ثم فاننا نرى ، أنه اذا تخلف حسن النية من جانب المدين ، وثبت سوء نيته ، فما على القاضي الذى يعرض عليه النزاع ، الا أن يحكم بفسخ العقد لصالح المتعاقد الآخر ، وهذا لا يعني بطبيعة الحال أن سلطة القاضي واسعة .

واذا كان الفسخ كقاعدة عامة ، على النحو السابق بيانه لا يقع الا بحكم من القاضي ، وللقاضي سلة تتسع وتضيق بحسب الأحوال ، فهل يجوز للمتعاقد الدائن ، أن يعدل عن طلب الفسخ ؟ واذا كان من حقه أن يعدل عن طلب الفسخ الذى يكون قد تقدم به الى القاضي ، فهل يجوز له ذلك في جميع المراحل التي تمر بها الدعوى ؟

هذه هي المسائل التي يمكن الاجابة عليها من خلال دراسة مدى حق الدائن في العدول عن طلب الفسخ فيما يلي :

* * *

المطلب الثالث

مدى حق الدائن في العدول عن طلب الفسخ

لم يكن القانون الروماني في حالة وجود شرط فاسخ صريح في عقد البيع ، كما بينا سابقا ، ولا القانون الفرنسي القديم ، يجيز للمتعاقد الدائن ، اذا اختار طريق الفسخ ، أن يعدل عنه الى طلب التنفيذ ، بل كان اختياره للفسخ نهائيا (1) ، ومن ثم فقد كان المتعاقد الدائن ، الذى يطلب الفسخ يفقد حقه ، في استعمال الطريق الآخر ، وهو طلب التنفيذ .

أما في وقتنا الحاضر ، فالوضع السائد فقها (2) ، وتشريعا (3) ، هو أن لكل دائن في العقود الملزمة للجانبين ، أن يعدل عن دعوى الفسخ الى طلب التنفيذ .

(1) أنظر: الدكتور عبد الحي حجازى المقال السابق ، المرجع السابق ، العدد الثاني السنة الأولى ، يوليو سنة 1959 ص 473 .

(2) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ص 704 فقرة 475 . الدكتور حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 343 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 408 . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 347 . الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص 442 . الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ص 174 . الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 293 .

(3) راجع المواد 157 مدني مصرى ، 177 مدني عراقي ، 158 مدني سورى ، 159 مدني ليبي ، 142 مدني سوداني ، 241 موجبات وعقود لبناني ، 143 تجارى كويتي .

ذلك أن مصلحة المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ يجب أن يتـــرك تقديرها له وحده ، فهو أدرى من غيره ومن القضاء أيضا بالنسبة ، الى اختيـــار الوسيلة التي تحقق له الحماية القانونية لحقوقه .

وعليه فلا يجوز حرمانه من الوسائل الأخرى التي لم تقرر في القانون الا لمصلحته[1] ، وليس الأمر كما كان يرى الفقيه الفرنسي بوتييه [2] ، أن يكون استعمال المتعاقـــد الدائن لحقه في طلب التنفيذ يفترض أنه تنازل عن حقه في الفسخ والعكس بالعكس .

وبناء على المفهوم الحديث لنظرية فسخ العقد ، وفقا لما تقضي به التشريعات المدنية الحديثة ، وبسايرها في ذلك الفقه ، فان للدائن سلطة في ايقاع الفسـخ أو عدم ايقاعه بعد رفع دعوى الفسخ ، فهو يستطيع أن يستمر في تمسكه بطلب الفسخ .

ومعنى ذلك أن هناك احتمالا كبيرا أن تنحل الرابطة التعاقدية اذا مارأى القاضي مبررا لذلك ، على النحو السابق بيانه .

ولكن المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، يستطيع من ناحية أخرى أن يمنع الفسخ ، وذلك بأن يستبدل بطلبه طلبا آخر بالتنفيذ [3] ، خاصة كما علمنا سابقا أن الفسخ القضائي لا يقع الا بعد استصدار حكم قضائي من القاضي المعروض عليـه النزاع .

أما اذا صدر هذا الحكم وحاز قوة الشيء المقضي ، وأصبح حكما نهائيا ، فانـه لا يجوز للمتعاقد الدائن بعد ذلك أن يعدل عن الفسخ الى طلب التنفيذ ، لأن الرابطة التعاقدية التي كانت موجودة ، ومحلا للنزاع ، لم تعد موجودة في نظـــر القانون ومن ثم فلا معنى للرجوع .

وقد يسأل سائل ، ما حكم طلب العدول عن الفسخ أمام محكمة الدرجة الثانية ؟

والاجابة على هذا التساؤل أنه يستوى في الأمر أن يكون الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، قد عدل عن طلب الفسخ أمام محكمة الدرجة الأولى ، أو أمام محكمة الدرجة الثانية .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، العدد الثاني ، المرجع السابق ، ص 483 .

(2) أشار الى هذا الرأى الدكتور عبد الحي حجازى في مقاله السابق ، المرجع السابق ص 473 .

(3) أنظر الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 408 فقرة 216 .

ذلك أن هذا الطلب الذى يتقدم به المتعاقد الدائن أمام محكمة الدرجة الثانية ، يعتبر من الطلبات العارضة التي أجازها قانون الاجراءات المدنية (1) ، لأنه متصل ومرتبط بأصل الدعوى ولا يعتبر طلبا جديدا ، يمكن معه رفض دعوى التنفيذ التي لم يتقدم بها المتعاقد الدائن أمام المحكمة الابتدائية على أساس أنه من الطلبات الجديدة التي لا يجوز طرحها لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية .

ذلك أن طلب التنفيذ ولو لم يطرح صراحة من المتعاقد الدائن أمام المحكمة الابتدائية ، فهو ضمنا مطروح منذ البداية بحيث لو تحقق التنفيذ ، ما جاز للدائن طلب فسخ العقد الذى يقوم أساسا على عدم التنفيذ (2) .

وفضلا عن ذلك كله فان الاستئناف الذى يقع في مثل هذه الحالات لا شك أنه يكون بسبب عدم اقتناع المدين ، بأنه لم ينفذ التزامه ، مما حمل قاضي محكمة الدرجة الأولى على الحكم بفسخ العقد ، ويهدف المدين من وراء الاستئناف الى اثبات تنفيذ العقد بدلا من الحكم بفسخه .

وعليه فاذا طالب الدائن بالتنفيذ أمام محكمة الدرجة الثانية يكون طلبه غير مخالف ، لما ينويه المدين من وراء الاستئناف فيحصل الدائن بذلك على ما أنشىء العقد من أجله وهو التنفيذ وفي ذلك تحقيق للأهداف التي من أجلها تبرم العقود .

ويترتب على هذه المعطيات والاعتبارات القانونية السابقة الذكر ، أن للدائن ، سلطة ايقاع الفسخ أو عدم ايقاعه ، اذ أن من حقه ، أن يبقى متمسكا بدعوى الفسخ ، وبالتالي قد يحكم القاضي لصالحه بفسخ العقد ، اذا رأى ما يبرر ذلك ، وقد يتراجع ، عن تمسكه بدعوى الفسخ الى دعوى التنفيذ ، فلا يقع الفسخ ، وذلك كله شريطة ألا يكون الحكم قد أصبح نهائيا .

---

(1) راجع في ذلك حكم المواد : 31 ، 32 ، 33 ، 96 من قانون الاجراءات المدنية الجزائرى .

(2) أنظر في هذا الصدد : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ، العدد الثاني ، السنة الأولى ص 486 ومابعدها .

وأكثر من ذلك ، فان للدائن أن يتنازل عن حقه في طلب فسخ العقد ، قبل أن يرفع الدعوى ، لأنه يكتسبه بمجرد توافر الشروط القانونية التي سبق بيانها .

ولذلك فانه لا مانع من الناحية القانونية ورغم تحقق شروط المطالبة بفسخ العقد من أن يكتفي المتعاقد الدائن بالمطالبة بالتنفيذ ، فيكون ذلك تنازلا منه عن حقه في طلب الفسخ .

غير أنه يجب ألا يستنتج النزول عن حق طلب الفسخ من مجرد سكوت المتعاقد الدائن عن طلب التنفيذ ، أو مما شابه ذلك من الملابسات ، والظروف ، التي تحيط بالدائن .

ذلك أن هذا التفسير يؤدى الى حرمان المتعاقد الدائن من حماية حقوقه رغم ارادته ، وهو ما لا يجوز وفقا لمنطق نظرية فسخ العقد .

وعليه فانه يجب أن يكون النزول عن حق طلب الفسخ صريحا ، أو تدل عليه دلائل لا تدع مجالا للشك فيه .

واذا كان الحق في طلب الفسخ لا ينشأ ، الا بعد تحقق عدم التنفيذ من المتعاقد المدين ، فهل يجوز النزول عن حق طلب الفسخ قبل تحقق عدم التنفيذ .

يتجه الفقه الحديث [1] ، الى عدم جواز النزول عن حق طلب الفسخ قبل تحقق عدم التنفيذ ، وذلك لعدة اعتبارات قانونية منها :

الاعتبار الأول :

من المعلوم أن نظرية الفسخ العامة قامت أساسا من أجل حماية المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، وهو ما يستفاد من النصوص القانونية المنظمة لها (المواد 119 ، 120 ، 121) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، ص 468 ومابعدها . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 349 . بلانيول ، ريبير ، اسمان ، شرح تطبيقي للقانون المدني الفرنسي ، ج 6 ، الالتزامات ، الطبعة الثانية ، فرنسا ، سنة 1952 ص 571 فقرة 420 .

وعليه فاذا أجزنا النزول عن حق طلب الفسخ قبل تحقق عدم التنفيذ ، كان معنى ذلك ، فتح المجال أمام المدين لكي يشترط على الدائن النزول عن حقه في الفسخ مسبقا ، وهذا ما لم تقم نظرية الفسخ العامة من أجله ، اذ أنها وفقا لهذا المفهوم تصبح كما لو كانت تخدم مصلحة المدين ، أكثر من مصلحة الدائن ، وهذا يتنافى مع قواعد النظرية الأساسية ومضمونها القانوني الذي يهدف الى حماية المتعاقد الدائن لا المتعاقد المدين منذ ظهور بوادرها الأولى في القانون الروماني كما بينا سابقا .

الاعتبار الثاني :

صحيح أن هناك قواعد قانونية تقضي بأن الشخص حر في أن يستعمل حقه أو أن يتنازل عنه .

غير أن هذا القول لا يصدق الا عندما تكون الحقوق مكتسبة بصفة نهائية .

ولما كان الحق في طلب الفسخ ، لا يثبت للمتعاقد الدائن بالالتزام الا بحدوث واقعة عدم التنفيذ من طرف المتعاقد المدين ، فلا يصح القول بجواز النزول عن حق طلب الفسخ ، قبل نشوئه ، والقول بغير ذلك ، يتضمن تناقضا صارخا في مجال نظرية فسخ العقد ، اذ ينتهي الأمر الى القول ، بأنه ، من جهة لا يجوز استعمال حق طلب الفسخ من طرف الدائن ، الا بعد حدوث عدم التنفيذ ، وهو ما قضت به المادة ١١٩ المنظمة للفسخ القضائي السالف ذكرها ، ومن جهة أخرى يجوز التنازل عن حق طلب الفسخ قبل نشوء سببه ، وكأننا نجيز تسجيل وفاة المولود قبل أن يولد ، وهذا لا يتفق مع المنطق القانوني .

الاعتبار الثالث :

ان جواز الاتفاق على عدم طلب الفسخ من المتعاقد الدائن عند عدم التنفيذ ، يتنافى ، مع روح نظرية الفسخ في حد ذاتها باعتبارها وسيلة من وسائل الحماية القانونية .

ذلك أن الأخذ بهذا الاتفاق ، يؤدى الى التضييق من الوسائل التي قررها القانون لحماية الدائن ، بحيث لا يصبح أمام هذا الأخير الا وسيلة واحدة لمواجهة المدين المتقاعس عن التنفيذ ، وهي دعوى التنفيذ .

بينما القانون الحديث في واقع الأمر لا يهدف الى سد الطريق في وجهه ، وانما يهدف الى فتحها .

وفضلا عن ذلك ، فلو سلمنا بالرأى (1) ، الذى يجيز النزول عن حق رفع دعوى الفسخ قبل ثبوته لأدى ذلك الى نتيجة شاذة وطريق مسدود ، اذ لو فرضنا أن الدائن قد تنازل عن حقه في طلب فسخ العقد ، ثم صار مدينه عند التنفيذ معسرا (2) ، فانه لا يستطيع ، في هذه الحالة التخلص من التزاماته نحو المدين ، اذ لا يكون له الحق في طلب الفسخ ، من جهة بناء على تنازله السابق ، ومن جهة أخرى ، لن يحصل على الأداء المتفق عليه في العقد لأن المدين في حالة اعسار .

ويترتب على ذلك أن الدائن اذا كان لم يقم بتقديم الأداء الملزم به نحو المدين ، يكون مضطرا للقيام به ، ثم يدخل بعد ذلك في مزاحمة الدائنين الأخرين للحصول على حقه باعتباره دائنا للمدين المعسر ، وفي ذلك ظلم واجحاف بحقوقه ، يجب تفاديه عن طريق ، منع جواز النزول عن حق طلب فسخ العقد قبل رفع الدعوى ، بل وقبل وقوع عدم التنفيذ بصفة عامة .

أما بعد ذلك فلا حرج ، من النزول عن حق طلب الفسخ لأن المتعاقد الدائن يكون حقه في ذلك قد اكتمل ، ويكون من الناحية العملية قد عرف حالة مدينه المالية والاقتصادية بصفة عامة ، أكثر من وقت ابرام العقد .

---

(1) أنظر في هذا المعنى ، لبلتييه (Le Peltier) ، المرجع السابق ، ص 230 فقرة 36 .

(2) يلاحظ أن القانون المدني الجزائرى ، لم يتعرض للاعسار كقاعدة عامة وباعتباره ، من الوسائل الهامة التي تكفل حقوق الدائنين ، وهذا خلافا للقانون المدني المصرى الذى نظم القاعدة العامة في المادة 249 وبيّن في المواد التي تلي ذلك كيفية ونوع الاعسار .
ولذلك فان عدم النص على الاعسار في القانون المدني الجزائرى يعتبر نقصا في التشريع ، ومما يزيد في الأمر غرابة أن القانون المدني الجزائرى أشار الى بعض تطبيقات الاعسار في المواد 189 ، 191 ، 192 ، 193 ، 2/196 ، مع العلم بأنه لم ينص على القاعدة العامة للاعسار .

لهذه الاعتبارات ، وما يشابهها ، فان القول بجواز النزول عن حق طلب الفسخ ، قبل وقوع عدم التنفيذ ، ليس مستساغا في نظرنا ، فيجب عدم الأخذ به ، اذ ليس من ورائه حلول للمسائل القانونية التي تقع ، بعد عدم التنفيذ من طرف المدين .

واذا كنا قد عرفنا فيما تقدم دراسته ، أن الأمر بالنسبة الى القاضي جوازى في حالة الفسخ القضائي ، وللدائن أيضا دور يلعبه في ايقاع الفسخ من عدمه ، قبل صيرورة الحكم القضائي نهائيا ، فهل يستطيع المدين بدوره تفادى الفسخ بعد رفع الدعوى ، هذا ما نستعرضه فيما يلي :

* * *

المطلب الرابع

مدى حق المدين في تنفيذ التزامه بعد رفع دعوى الفسخ

تبين لنا مما سبق بيانه ، أن الحق في الفسخ ، يكون للمتعاقد الدائن بمجرد ، توافر شرط عدم التنفيذ من طرف المتعاقد الآخر الذى يكون في مركز المدين .

وتبين لنا أيضا ، أن حل العقد ، يكون نتيجة استعمال الحق في الفسخ ، وفقا لاجراءات محددة ، وهذا يعني ، أنه قد يتوافر الحق في طلب الفسخ ، ولكن لا يتحقق فسخ العقد .

ذلك أن الدائن باستعماله لهذا الحق المخول له قانونا ، قد يرفع دعوى يطلب فيها من القاضي حل الرابطة التعاقدية للتخلص من التزاماته التعاقدية ، في مواجهة المتعاقد الآخر ، ولا يتحقق له ذلك من الناحية القانونية ، الا بعد صدور حكم قضائي يقضي بفسخ العقد .

ولما كان الحكم القضائي ، في هذا المجال هو الذى ينشيء الفسخ ، وليس طلب المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، فقد يتراجع المدين عن موقفه ، محاولا تنفيذ التزامه ، بعد أن طالب الدائن بفسخ العقد ، وقبل أن يحكم القاضي به .

فاذا أجزنا للمدين التنفيذ ، رغم مطالبة الدائن بالفسخ وقبل الحكم به من طرف القاضي ، ترتب على ذلك تعطل دعوى الفسخ ، لأن أهم شروطها قد تخلف وهو شرط عدم التنفيذ .

أما اذا منعناه من التنفيذ المتأخر ، فاننا نكون قد حرمناه من عرقلة دعوى الفسخ بعد رفعها .

يوجد في هذا الصدد مذهبان مختلفان ، أحدهما لا يجيز للمدين عرقلة دعوى الفسخ ، والآخر يجيز له ذلك :

المذهب الأول : عدم جواز قيام المدين بتنفيذ التزاماته بعد رفع دعوى الفسخ

يرى أنصار هذا المذهب ، وهم من الفقهاء الايطاليين والفرنسيين (1) أنه لا يجوز للمدين المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، أن يعرقل دعوى الفسخ التي اختارها المتعاقد الدائن لحل الرابطة التعاقدية ، ذلك أن حق الخيار الذي قرره القانون ، كما يرى أنصار هذا المذهب ، انما قرره لصالح الدائن ، وليس لصالح المدين ، ويترتب على ذلك ، أنه ليس من العدل أن ننزع هذا الحق وننقله الى المدين (2) ، ثم ان الفسخ وفقا لأنصار هذا المذهب يقوم على أساس الشرط الفاسخ الضمني ، ومن ثم فلا فائدة من التنفيذ بعد تحققه لأنه لا وجود للعقد أصلا ، وقد قلنا سابقا بأن ذلك ليس صحيحا .

ونشير في هذا المجال الى أن بعض القوانين قد تأثرت بهذا المذهب ومنها القانون المدني الايطالي الذي قضى في مادته 2/1453 بأنه لا يجوز للمدين الذي أخل بتنفيذ التزاماته نحو الدائن ، أن يقوم بتنفيذها ابتداء من رفع دعوى الفسخ من طرف المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ (3) .

ويؤخذ على هذا المذهب الذي يمنع المدين من عرقلة دعوى الفسخ بعد رفعها ، أنه ينظر الى الوضع الذي تكون فيه الرابطة التعاقدية من جهة واحدة ، يحمي فيهما الدائن ، دون المدين .

---

(1) أنظر تفصيلا لهذه الآراء ، الدكتور عبد الحي حجازي ، مقاله السابق ، المرجع السابق ، العدد الأول ، السنة الثانية ص 29 ومابعدها .

(2) أنظر في هذا المعنى بلانيول حيث يقول :

Est-il juste de déplacer ainsi l'option qui appartient naturellement au créancier pour la faire passer au débiteur en faute.
Planiol, traité elémentaire de droit civil, 4 ème édition, 1907, T.2, p. 435 N. 1319.

(3) أنظر في شرح هذا النص ، الدكتور عبد الحي حجازي ، المقال السابق ، المرجع السابق ، ص 30 .

صحيح أن نظرية فسخ العقد قد وجدت من أجل حماية المتعاقد الـ ذي يحترم الالتزامات التي يرتبها العقد ، لا المتعاقد الذى يخل بها ، غير أن ذلك لا يعني أن عدم التنفيذ ، هو الذى يفسخ العقد ، بل الحكم القضائي ، هوالذى يحققه ، ومن ثم فان ، حماية المدين من فسخ العقد مادام أنه مستعد للتنفيـ ـذ لا يتنافى مع منطق نظرية الفسخ .

يضاف الى ذلك ، أن القول بأن أساس الفسخ هو الشرط الفاسخ الضمني ، قول غير صحيح ، وقد عرضنا سلفا عدم صحته ومن ثم فالعقد لا زال قائما ويجـوز تنفيذه .

وأكثر من ذلك كله ، فان الفسخ الذى قرره القانون لصالح المتعاقد الدائن ، في واقع الأمر ليس ، حلا للعقد ولو لم تكن هناك مصلحة له فيه .

وعليه فاذا طالب الدائن بفسخ العقد ، فذلك لأن التنفيذ لم يتم ، ومـن مصلحته في هذه الحالة حل العقد ليتحلل بدوره من التزاماته .

أما اذا عدل المدين عن موقفه وقام بما عليه من التزامات نحو الدائن ولو بعد رفع الدعوى ، فلا شك في أن هذا التنفيذ بالنسبة الى الدائن أفضل من الفسـخ ، في بعض الحالات ، وبالتالي نكون قد حققنا مصلحة المتعاقدين معا .

وعلى الرغم من هذه المآخذ ، فان هذا الوضع هو السائد والمعمول به فـي القانون الايطالي ، ومعنى ذلك أن المدين هناك متى رفعت عليه دعوى الفسـخ ، لا يستطيع تفادى ايقاعه عن طريق تنفيذه لالتزامه الذى لم يكن في وسعه تنفيـذه في الميعاد المحدد ، أو لم يقم بالتنفيذ بارادته ، ولكنه تراجع عنه .

ومن ثم يسوغ القول طبقا لهذا المذهب ، بأن طلب الفسخ اذا كان أمـرا جوازيا بالنسبة الى كل من القاضي ، والدائن على النحو السابق ، فهو ليـس كذلك بالنسبة الى المدين مادام أنه لا يستطيع تفاديه بعد رفع الدعوى عليه من طرف الدائن .

المذهب الثاني : جواز تنفيذ المدين لالتزامه بعد رفع دعوى الفسخ

يختلف الوضع عندنا عما هو عليه ، في ايطاليا ، اذ يتجه الفقه الحـديـي

بدون استثناء[1] ، الى اعطاء المدين حق التنفيذ ، ولو كان المتعاقد الدائن ، قد رفع دعوى المطالبة بالفسخ ، مادام الأمر لا يزال بيد القضاء ولم يصدر بشأنه حكما نهائيا .

ويترتب على هذا المذهب ، أن رفع دعوى الفسخ من طرف الدائن ، لا يسلب المدين حقه في تنفيذ التزامه ، ليتفادى فسخ[2] العقد ، سواء تام بذلك والدعوى ماتزال أمام محكمة الدرجة الأولى ، أو أمام محكمة الاستئناف ، مادام الباب مفتوحا للنظر في الدعوى ، وليس في ذلك ما يخالف قواعد العدالة ، بل انه يحققها بالنظر الى المساواة التي تحكم علاقة المتعاقدين ، والمدين بطبيعة الحال طرف فيها .

ذلك أنه لا يعقل أن يعطى للدائن في العلاقة التعاقدية حق الخيار بين طلب الفسخ ، أو العدول عنه الى طلب التنفيذ ، ولا يعطى للمدين ، حق تنفيذ التزامه الأصلي تنفيذا متأخرا ، مادام لايزال ممكنا ، ومفيدا للطرفين معا ، اذ أن القول بعدم جواز التنفيذ بعد رفع دعوى الفسخ ، يعني الموافقة على الحاق أضرار بالمدين لا مبرر لها ، اذ كثيرا ما تطول المدة التي تفصل بين رفع دعوى فسخ العقد ، وصدور الحكم القضائي بشأنها .

وخلال هذه الفترة التي تفصل بين رفع الدعوى وصدور الحكم القضائي ، كثيرا ما يضطر المدين من الناحية العملية الى صرف مبالغ مالية للمحافظة على الأداء ، وقد يكون الحكم القضائي في آخر المطاف ، ليس بفسخ العقد ، بل بتنفيذه ، وفي هذه الحالة يكون المدين قد تحمل تلك المصاريف دون مبرر ، بينما لو سمح له بالتنفيذ بعد رفع الدعوى مباشرة ، وقبل صدور الحكم لتجنب صرف هذه المبالغ .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ص 705 . الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ص 174 . الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص 329 . الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص 443 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 408 ـ 409 . الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 292 . الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 344 . الدكتور أنور سلطان ، المرجع السابق ص 343 .

(2) أنظر في هذا المعنى شرحا مفصلا ، الدكتور عبد الحي حجازي ، المقال السابق ، المرجع السابق ، العدد الأول ، السنة الثانية ، ص 36 ومابعدها .

وغني عن البيان ، أن المدين خلال هذه الفترة لا يجوز له التصرف ، في الأداء الذى يكون محل التزامه نحو المتعاقد الدائن ، لأنه لا يعرف ، ما اذا كان القاضي سيحكم بفسخ العقد أو لا يحكم به .

وكثيرا ما يقع أن تكون الأداءات التي هي محل التنفيذ من الأشياء التي يصيبها التلف ، وبالتالي ، فلو حرمنا المدين من التنفيذ المتأخر ، فكأننا حكمنا عليه مسبقا بخسارة لا مبرر لها .

على حين أن جواز التنفيذ بعد رفع دعوى الفسخ يجنبه هذه الخسارة ، ويخدم مصلحة الطرفين في غالب الأحيان .

وترتيبا على هذه الاعتبارات المنطقية تارة ، والعملية تارة أخرى ، والتي لا يمكن التغلب عليها الا عن طريق جواز التنفيذ المتأخر ، فان الرأى السائد في الفقه العربي ، وجانب من الفقه الفرنسي (1) ، هو أن للمدين الحق في تفادى فسخ العقد ، اذا ما قام بما عليه من التزامات نحو المتعاقد الدائن ولو كان هذا الأخير قد رفع دعوى الفسخ .

ولقدساير القضاء هذا المذهب ، سواء في الجزائر (2) ، أو في مصر (3) ، أو

---

(1) أنظر : لبلتييه (Le Peltier) ، الفسخ لعدم التنفيذ ، المرجع السابق ، ص 49 . د اللوزي العقود والاتفاقات (الفسخ القضائي) سنة 1971 ص 23 وما بعدها فقرة 239 .

(2) راجع حكم صادر من محكمة حسين داى تحت رقم 79/426 بتاريخ 2/2/1980 جاء فيه أن المدعى عليه الذى يريد تفادى الفسخ عليه أن يكون موقفه أمام المحكمة جديا مما يدل على جواز التنفيذ المتأخر رغم رفع الدعوى من المتعاقد الآخر طالب الفسخ .

(3) راجع حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 14 مايو 1953 وقد جاء فيه أنه يجوز للمدين أن ينفذ التزامه حتى بعد رفع دعوى الفسخ . أشار اليه الدكتور عبد الحي حجازى ، مقاله السابق ، العدد الأول السنة الثانية ، هامش 1 ص 37 .

في فرنسا (1) ، وقد استقر هذا القضاء على أن المدين الذى يقوم بتنفيذ التزامه يمنع الحكم بالفسخ مادام التنفيذ مازال مفيدا .

غير أن التنفيذ الذى يعتد به قضاء وبالتالي يمنع ايقاع الفسخ ، يجب أن يكون تنفيذا حقيقيا ، كأن يقوم المدين بعرض الأداء الملزم به أمام المحكمة ، وايداعه في خزائنها (2) .

ويجب فوق ذلك أن يكون التنفيذ كاملا (3) ، ذلك أن الدائن ليس مجبرا على قبول الوفاء الجزئي ، وهو ما تقضي به المادة 277 من القانون المدني الجزائرى ، ما لم يكن هناك اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

وهكذا يتجلى لنا أن الأخذ بهذا المذهب الأخير له ما يبرره من الناحية القانونية ، اذ أن دعوى الفسخ التي رفعت الى القاضي قد زال سببها ، وهو عدم التنفيذ ، مما يجعل القاضي المعروض عليه النزاع في مثل هذه الحالة مضطرا الى رفضها .

ويترتب على ذلك أن القاضي ليست له سلطة تقديرية ازاء طلب الفسخ ، ذلك أن الأمر لم يعد يتعلق بمسألة وقائع موضوعية ، وهي الميدان الذى تتسع فيه سلطة القاضي التقديرية ، بل الأمر قد أصبح يتعلق بالمنطق القانوني (4) وعلى القاضي احترامه .

(1) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 27 مارس 1911 وقد جاء فيه أنه يجوز تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا الى أن يصدر حكم نهائي بالفسخ .

La résolution d'un contrat synallagmatique n'ayant pas lieu de plein droit, le contrat peut selon les circonstances, tant que la résolution n'a pas été définitivement prononcée, être exécuté valablement.

(2) راجع حكم محكمة حسين داى المشار اليه سابقا وقد جاء فيه ، بأن على المدين الذى يبدى حسن استعداده للتنفيذ أن يودع الأداء المطالب به في خزانة المحكمة . " هذا الحكم غير منشور " .

(3) أنظر : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ، العدد الأول ، السنة الثانية ، ص 43 .

(4) أنظر في هذا الصدد ، الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ، العدد الأول ، السنة الثانية ، ص 44 ومابعدها .

وعلى الرغم من أن المادة 119 من القانون المدني الجزائري المنظمة لهـذا النوع من الفسخ ، لم تنص صراحة ، على حق المدين في تفادى الفسخ بعد رفع الدعوى عليه من طرف المتعاقد الدائن بالالتزام ، فان مضمون النص يفرض على القاضي الأخذ بالتنفيذ الذى يقدمه المدين ، قبل صيرورة الحكم القضائي نهائيا (1).

وهذا يعني أن المدين في مجال المطالبة بفسخ العقد قضائيا يستطيع أن يتفادى ايقاع الفسخ ، ولو وصل الأمر الى القضاء .

ويستنتج من ذلك كله ، أن فسخ العقد قضائيا ، لا يتحقق الا باتخاذه طريقا لحل الرابطة التعاقدية من طرف المتعاقد الدائن ، وتبريره بحكم قضائي (2)، وعدم تفاديه من طرف المدين على النحو السابق بيانه .

واذا كان الفسخ القضائي ، وفقا للنظرية العامة للفسخ ، هو الطريق الأصلي ، وفقا للتشريعات الحديثة ، فليس ذلك من النظام العام ، ومن ثم فقد يكون الفسخ اتفاقيا ، وهو النوع الثاني الذى نستعرضه فيما يلي :

* * *

المبحث الثانـي

الـفـسـخ الاتـفـاقـي

المطلب الأول

مفهومـه ، شروطـه ، اجراءاتـه

مـفـهـومـه :

يقصد بالفسخ الاتفاقي في مجال العقود الملزمة للجانبين ، أن للطرفين المتعاقدين ، الحق في الاتفاق عند ابرام العقد ، على أنه يجوز لأحدهما ، فسخ

(1) راجع حكم محكمة حسين داى الصادر بتاريخ 1980/9/21 السابق الاشارة اليه ، اذ جاء في حيثيات الحكم : حيث أن المدعي رفع دعوى مدنية يطلب فسخ عقد الايجار الذى يربطه بالمدعى عليه ، وحيث أن هذا الأخير لم يقم بما عليه من التزامات والدعوى مرفوعة ، لذلك يجب فسخ العقد .
ولذلك فهذا الحكم يدل على أن التنفيذ المتأخر جائز ويحول فسخ العقد .

(2) أنظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 14 مايو 1953 اذ جاء فيه : اذا قام المدين بتنفيذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي بالفسخ امتنع قانونا الحكم بالفسخ ، أشار الى هذا الحكم ، الدكتور عبد الحي حجازى في مقاله السابق ، المرجع السابق ص 44 .

العقد ، اذا لم يقم الطرف الآخر ، بتنفيذ التزاماته الناشئة من هذا العقد ، دون اللجوء ، الى القاضي لاستصدار حكم قضائي في شأنه (1) .

والحكمة من اعطاء المتعاقدين حق الاتفاق على الفسخ ، مستمدة من القاعدة العامة التي تقضي بها نظرية الفسخ ، وهي ضرورة أن يكون فسخ العقد قضائياً ، ولكن طريقة الفسخ القضائي تتسم بالبطء في اجراءاتها ، وتحمّل المدعي مصاريف رفع الدعوى ، الى جانب كل الاحتمالات التي تترتب على استعمال القاضي سلطته التقديرية ، التي قد لا توافق ارادة المتعاقدين ، وخصوصا المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ .

ولذلك فان معظم التشريعات الحديثة ، وخاصة منها التشريعات العربية (2) ، أخذت كاستثناء ، من الأصل العام ، طريقا آخر يمكن بواسطته حل الرابطة التعاقدية ، دون تدخل من القاضي ما لم يكن هناك نزاع تدعو الضرورة الى عرضه على القاضي ، ورغم ذلك يكون تدخله لتقرير الفسخ ، وليس لانشائه كما سوف نرى في حينه .

ونشير هنا الى أن القانون المدني الفرنسي على الرغم من أنه هو أول من نظم الفسخ القضائي في المادة 1184 ، لم يتضمن القاعدة العامة التي تنظم الفسخ الاتفاقي (3) ، كما هي الحال بالنسبة الى القوانين العربية ، وذلك على الرغم من

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 717 فقرة 784 . الدكتور أنور سلطان ، المرجع السابق ص 343 فقرة 419 . الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 296 . الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 344 . الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ص 176 فقرة 146 . الدكتور عبد الحي حجازي ، المقال السابق المرجع السابق ، العدد الأول ، السنة الأولى ص 151 ومابعدها .

(2) راجع المادة 158 مدني مصرى ، المادة 178 مدني عراقي ، المادة 159 مدني سورى ، المادة 160 مدني ليبي ، المادة 173 مدني سوداني ، المادة 144 تجارى كويتي .

(3) أنظر في هذا الصدد ، الدكتور وحيد رضا سوار ، القانون المدني الجزائرى ، المرجع السابق ص 310 فقرة 538 .

أن القضاء هناك يحترم الاتفاق على الفسخ الذى يتوفر فيه حسن النية ... وفقا للمادة 1134 (1) .

ولذلك يصح القول بأن القوانين العربية ومنها القانون المدني الجزائرى ، قد تفوقت على القانون المدني الفرنسي في هذا المجال ، اذ أنها وضعت مبدأ عاما للفسخ الاتفاقي على غرار الفسخ القضائي . فنصت المادة 120 من القانون المدني الجزائرى في هذا الصدد على أنه (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها ، وبدون حاجة الى حكم قضائي وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار الذى يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين) (2) .

يستخلص من هذا النص ، أن القاعدة العامة ، الواردة بشأن الفسخ القضائي السابقة الذكر ، ليست من النظام العام (3) ، ويجوز مخالفتها (4) ، وفسخ العقد ، دون لجوء الى القاضي ، في جميع الحالات التي يتضمن فيها العقد ، اتفاقا يقضي بفسخ العقد ، بارادة أحد المتعاقدين ، حين لا يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما عليه من التزامات أنشأها العقد المراد فسخه .

غير أنه يجب ألا يغيب عن البال أن الاتفاق ، المعتبر في هذا المجال من الناحية القانونية ، هو الاتفاق الذى يكون قد انعقدت عليه ارادة المتعاقدين ، قبل وقوع عدم التنفيذ .

---

(1) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 14 مارس 1956 اذ جاء فيه :
Si les clauses résolutoires s'imposent aux juges, leur application reste subordonnée aux exigences de la bonne foi, par application de l'article 1134.
أشار الى هذا الحكم الدكتور عبد الحي حجازى في مقاله السابق الاشارة اليه ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، ص 445 هامش رقم 2 .

(2) يجرى النص في النسخة الفرنسية كما يلي :
(Cette clause laisse subsister la nécessité d'une mise en demeure dont le délai à défaut de fiscation par les parties contractantes, est déterminé suivant l'usage).

(3) أنظر : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 409 و 410 فقرة 217 .
الدكتور وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ص 310 فقرة 538 .

(4) أنظر في هذا المجال ، مجلة المحاماة المصرية السنة 29 عام 1948 و 1949 ، العددان 3 ، 4 ص 109 مطبعة حجازى بالقاهرة .

أما اذا وقع الاتفاق بعد ذلك ، أى كأن يكون الأمر قد رفع الى القضاء ، فانه لا يعتبر اتفاقا على فسخ العقد ، بالمفهوم الذى نحن بصدده ، وانما يدخل تحت مفهوم آخر ، سبق بيانه ، وهو ما يسمى بالتقايل (1) .

كذلك فان تضمين العقد شرطا ، اذا تحقق فسخ العقد ، لايدخل في مفهوم الفسخ الاتفاقي الذى نظمته المادة 120 السالف ذكرها ، لأن هذا هو شأن الشرط الفاسخ العادى ، الذى لا يحتاج فيه الأمر الى تصدير يصدره أحد المتعاقدين بحل الرابطة التعاقدية ، بل يكفي فيه تحقق الواقعة المستقبلة ، فيفسخ العقد من تلقاء نفسه ، وهو غير الفسخ الاتفاقي الذى لا يكفي فيه الاتفاق وحده لفسخ العقد ، بل لا بد فيه من أن يعلن المتعاقد الدائن رغبته في فسخ العقد ، بعد حلول الأجل ، وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ، ذلك أن المتعاقد الدائن ، من حقه أن يتمسك بالتنفيذ رغم وجود الاتفاق على الفسخ ، والقول بغير ذلك يؤدى بنا الى هدم أهم قاعدة تقوم عليها نظرية فسخ العقد ، وهي حرية المتعاقد الدائن في الخيار بين التنفيذ ، أو فسخ العقد مهما كان الطريق الذى اتبعه لتحقيق مصلحته مادام أنه لم يخرج عن الاطار القانوني الذى حدده له القانون في مجال النظرية العامة للفسخ .

وعليه فان اصطلاح الشرط الفاسخ الصريح الذى يتخذه بعض الفقهاء(2) والقضاء(3) للدلالة على النوع الثاني من الفسخ ، وهو الفسخ الاتفاقي ، اصطلاح معيب ، في نظرنا ، ولا يفيد المعنى المقصود من فسخ العقد ، بناء على الاتفاق

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 المرجع السابق ، ص 715 فقرة 431 .

(2) أنظر: الدكتور وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ص 309 ومابعدها . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 410 ومابعدها . الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ص443 فقرة 344 . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 354 فقرة 213 . الدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ص 492 .

(3) راجع حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 2 مايو 1946 ، اذ وصفت فيه الفسخ الاتفاقي بالشرط الفاسخ الصريح ، أشار الى هذا الحكم الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 410 هامش رقم 5 .

السابق ، الذى لا يكفي فيه واقعة عدم التنفيذ ، بل لا بد فيه من اعلان الرغبة في فسخ العقد من طرف الدائن ، بعد تحقق عدم التنفيذ (1) وهو ما يستفاد من مضمون المادة 120 السابقة الذكر ، والا أصبح الأمر بيد المدين ، بحيث اذا ما أراد الفسخ ، فما عليه الا أن يحجم عن التنفيذ ، فيفسخ العقد ، وهـذا ما لا يتفق مع قواعد نظرية فسخ العقد التي ترفضه في جميع صوره .

ولكي يفسخ العقد وفقا لاتفاق المتعاقدين ، وبالتالي تحل الرابطة التعاقدية ، لا بد من توافر شروط قانونية نستعرضها فيما يلي :

شروط الفسخ الاتفاقي :

لم تحدد التشريعات ، التي نظمت الفسخ الاتفاقي ، ولا الفقه شكلا معيدا للاتفاق الذى يمكن فسخ العقد ، بناء عليه ، وبارادة الدائن المنفردة ، فليست هناك عبارات خاصة ، يتعين ، اتخاذها لاجرائه ، بل يجوز أن يكون الاتفاق على الفسخ بأى عبارة تفيد ذلك ، وكذلك لم تشترط التشريعات أن يكون الاتفاق مثبتا في محررات رسمية أو عرفية مادام العقد الذى يراد فسخه مستقبلا لا يستلزم شكلية معينة (2) .

غير أنه يستفاد من مضمون النصوص المنظمة للفسخ الاتفاقي أنه لا بد فيه من توافر بعض الشروط الموضوعية ، حتى يمكن معها القول ، بأننا أمام فسخ العقد فسخا اتفاقيا ، ولسنا أمام الفسخ القضائي ، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول : يجب أن يكون هناك اتفاق على الفسخ

قد يبدو لأول وهلة للبعض ، أن هذا الشرط ، من البديهيات التي لا داعي الى ذكرها ، غير أن الأمر ذو أهمية في مجال نظرية الفسخ ، ذلك أن المتعاقدين قد يكون الأمر بينهما في مرحلة ابرام العقد محل خلاف ، في بعض أجزاء العقد ،

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ، العدد الأول ، السنة الأولى ، ص 148 ومابعدها .

(2) أنظر : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ، العدد الأول ، السنة الأولى ، ص 151 ومابعدها .

فلو فرضنا أن مسألة فسخ العقد بارادة المتعاقد الدائن ، كانت من بين المسائل التي كانت محل خلاف ، ثم اتفق المتعاقدان بعد ذلك على كل الخلافات دون التطرق الى موضوع فسخ العقد بارادة المتعاقد الدائن المنفردة .

ففي مثل هذه الحالة لا يعتبر ابرام العقد في حد ذاته قد تضمن الاتفاق على فسخ العقد ، وبالتالي ، اذا وقع عدم التنفيذ من أحد المتعاقدين في المستقبل فاننا نكون أمام وضع يجب فيه تطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة 119 من القانون المدني الجزائري وليس الاستثناء الوارد في المادة 120 منه المتعلقة بالفسخ الاتفاقي .

ولذلك كان من الأفضل أن يكون الاتفاق على الفسخ اتفاقا ، مستقلا عن بقية أجزاء العقد الأخرى ، حتى لا يثير الغموض والالتباس في المستقبل بين المتعاقدين .

وعليه فان شرط وجود اتفاق يقضي بفسخ العقد بارادة المتعاقد الدائن المنفردة ، شرط موضوعي في مجال الفسخ الاتفاقي .

الشرط الثاني : يجب أن يكون المقصود من الاتفاق استبعاد الفسخ القضائي

ويترتب على هذا الشرط ، أن ليس كل اتفاق يؤدي الى فسخ العقد بارادة المتعاقد الدائن المنفردة ودون لجوء الى القاضي ، ذلك أن الصيغ التي يقع بها الاتفاق ، قد تختلف ولها درجات متباينة من حيث القوة والقسوة على المدين (1) .

وتأسيسا على ذلك ، فان الاتفاق الذى لا يعدو ذكر عبارة (أن يكون العقد مفسوخا عند عدم التنفيذ) لا يعتبر استبعادا لفسخ العقد فسخا قضائيا ، غاية ما في الأمر أنه يقيد من سلطة القاضي التقديرية ، اذ لا يستطيع رفض الفسخ في مثل هذه الحالة احتراما لارادة المتعاقدين .

وكذلك الأمر بالنسبة الى الاتفاق الذى يتضمن عبارة (أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ) ، ذلك أن هذا الاتفاق ، يقتصر أثره من الناحية القانونية على منع القاضي من اعطاء المدين المهلة القضائية للتنفيذ .

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1، المرجع السابق ص 718. الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 411 و 412 . الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام ، طبعة 1973 المرجع السابق ، ص 483 و 484 . الدكتور حسن الذنون، محاضرات في القانون العراقي ، المرجع السابق ص 124 ومابعدها ، الدكتور وحيد سوار، القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ص 311 .

أما اذا تضمن الاتفاق عبارة (أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، ودون حاجة الى حكم قضائي) فاننا نكون في مثل هذه الحالة أمام اتفاق يفيد استبعاد الفسخ القضائي [1] ، وفسخ العقد فسخا اتفاقيا ، بناء على ارادة المتعاقد الدائن ، وبالتالي يستطيع المتعاقد الذى لم تنفذ التزاماته ، أن يتحلل من الالتزامات التي تقع على عاتقه ، في مواجهة المتعاقد الآخر ، وذلك ، دون أن يرفع دعوى الى القضاء ، ودون مراعاة لارادة المتعاقد المدين . (2)

غير أن المقصود من هذا الشرط ، هو فقط استبعاد تدخل القضاء لايقاع الفسخ ، ولكنه لا يعفي المتعاقد الدائن من الاعذار وهو ما أخذت به ، كل التشريعات العربية كقاعدة عامة وان كانت قد أجازت الاتفاق على الاعفاء من الاعذار أيضا (3) ، وقد خالفها القانون المدني الجزائرى في ذلك كما سوف نرى .

<u>الشرط الثالث</u> : <u>يجب أن يكون سبب الاتفاق على امكان فسخ العقد هو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماته</u>

مقتضى هذا الشرط ، أن واقعة عدم التنفيذ ، يجب توافرها لامكان الفسخ بارادة المتعاقد المنفردة .

غير أنه ينبغي ألا يفهم من ذلك ، أن مجرد تحقق هذا الشرط ، يفسخ العقد ، لأن ذلك كما سبق بيانه ، هو شأن الشرط الفاسخ العادى ، وليس هذا هو المقصود من الفسخ الاتفاقي الوارد في المادة 120 من القانون المدني الجزائرى ، الذى ينبغي فيه تقوية مركز المتعاقد الدائن ، وتقوية ضمان حقوقه قبل المتعاقد الآخر الذى لم ينفذ التزامه في الميعاد المتفق عليه .

---

(1) أنظر في هذا الصدد : حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1954/1/18 وقد جاء فيه : ان الشرط الفاسخ الصريح يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ، ولا يبقى له في اعتبار الفسخ حاصلا فعلا الا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها .

أشار الى هذا الحكم الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ، العدد الثاني ، السنة الأولى ص 448 هامش 1 .

(2) أنظر : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 413 .

(3) راجع المادة 158 من القانون المدني المصرى التي تجيز الاتفاق على الاعفاء من الاعذار ، وقد سايرتها القوانين العربية في ذلك ماعدا القانون المدني الجزائرى .

ولذلك فان واقعة عدم التنفيذ ، شرط ضروري ، لكي يستطيع المتعاقد الدائن ، بعد تحققها ، أن يستعمل حقه في فسخ العقد ، من تلقاء نفسه ، ودون حاجة الى اللجوء الى القضاء لايقاع الفسخ ، ومن ثم فان من حق المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، ألا يستعمل حقه في الفسخ ، وأن يطالب بالتنفيذ ، رغم تحقق عدم التنفيذ .

ونشير في هذا الصدد الى أن معظم القوانين ، التي أخذت بالفسخ الاتفاقي ، لم تحدد الالتزامات التي يمكن أن تكون محلا للاتفاق على الفسخ عند عدم تنفيذها .

ويترتب على ذلك أن عدم تنفيذ أى التزام سواء كان جوهريا أو غير جوهري يجيز للمتعاقد الدائن ، كقاعدة عامة ، أن يفسخ العقد نتيجة عدم تنفيذه . بينما القانون الايطالي يشترط في الفسخ الاتفاقي تحديد الالتزام الذى يجيز للمتعاقد الدائن عند عدم تنفيذه من المتعاقد الآخر أن يفسخ العقد (1) .

وعلى الرغم من أن القانون المدني الجزائرى ، لم يقيد من حرية المتعاقدين في هذا المجال فان ذلك لا يعني بأى حال من الأحوال أن عدم التنفيذ يجيز الفسخ الاتفاقي مهما كان تافها ، ذلك أن المادة 41 منه تقضي بعدم اساءة استعمال الحق بالاضافة الى مبدأ حسن النية المنصوص عليه في المادة 107 من نفس القانون ، الذى تجب مراعاته في جميع الحالات التي يكون فيها العقد في حالة تنفيذ .

وعليه فاذا كانت النصوص القانونية المنظمة لقواعد نظرية فسخ العقد بصفة عامة ، والفسخ الاتفاقي بصفة خاصة ، لم تقيد من حرية المتعاقدين ، في هذا المجال ،

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ، العدد الأول ، السنة الأولى ص 155 ومابعدها . والدكتور ابراهيم أبو النجاء نظرية الفسخ ، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير ، المرجع السابق (غير مطبوعة) . وأنظر في هذا الصدد : حكم محكمة النقض الايطالية المشار اليه في مقال الدكتور عبد الحي حجازى السابق الاشارة اليه العدد الثاني للسنة الأولى من نفس المرجع السابق ، ص 452 هامش رقم 1 ، ويستفاد منه : أن البحث في أهمية عدم التنفيذ من طرف القاضي لا محل له مادام أن الطرفين قد حددا الالتزام الذى يؤدى الى الفسخ بالارادة المنفردة عند عدم تحققه .

فيجب مراعاة القواعد العامة المنصوص عليها هنا وهناك ، ولا يجوز خرقها من طرف المتعاقدين في مجال الفسخ ، وخاصة المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ باعتباره صاحب الحق في الفسخ الاتفاقي وفقا للمادة 120 من القانون المدني الجزائري .

ويترتب على ذلك أن الاتفاق الذى قد يقع بين المتعاقدين ويخالف تلك القواعد العامة ، كأن يكون من الاتفاقات التي تشمل حتى عدم التنفيذ اليسير(1) وهو ما يتعارض مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، يعتبر باطلا وبالتالي يكون العقد خاليا من الاتفاق على الفسخ ، ومن ثم فعلى المتعاقد الدائن ، ان أراد التحلل من التزاماته نحو المتعاقد الآخر الذى أخل بالتزامه اخلالا يسيرا ، أن يلجأ الى القاضي لايقاع الفسخ ، وبهذا نكون قد طبقنا المادة 119 بدلا من المادة 120 .

فاذا ما توافرت هذه الشروط السابق ذكرها ، وهي شروط لم يصرح بها النص السالف ذكره صراحة ، ولكنه يتضمنها ، كان لأحد المتعاقدين الحق في فسخ العقد فسخا اتفاقيا(2) ، ولكن ذلك لا يعني أن مجرد توافرها ، يجعل العقد مفسوخا ، بل لابد الى جانب ذلك من أن يتخذ ـ المتعاقد الذى له الحق في الفسخ بارادته المنفردة بناء على اتفاق سابق ـ اجراءات حتى يحصل فسخ العقد ويتحول الوضع القانوني ، بعد ذلك من مجرد الحق في الفسخ الى فسخ العقد فعلا ، ويمكن حصر هذه الاجراءات فيما يلي :

اجراءاتـــه :

اتضح لنا من دراسة الشروط الموضوعية التي يجب توافرها ، في مجال الفسخ الاتفاقي ، أن مجرد توافرها ، لا يجعل العقد مفسوخا ، بل يجعل فقط للدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، الحق في فسخ العقد بارادته المنفردة ، دون اللجوء الى القضاء ، كما هي الحال بالنسبة الى الفسخ القضائي ، ولذلك يجب على المتعاقد الدائن بعد تحقق هذه الشروط الموضوعية ، ان أصر على فسخ العقد ، أن يتخذ اجراءات قانونية تالية لها لحل الرابطة التعاقدية وهذه الاجراءات أهمها :

---

(1) أنظر في ذلك الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ، العدد الثاني ، السنة الأولى ص 452 ومابعدها .

(2) أنظر : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 410 ومابعدها . الدكتور مصطفى محمد الجمال والدكتور جلال علي العدوى ، أصول الالتزامات ، المرجع السابق ، ص 294 .

أولا - الاعـذار :

تتفق جميع التشريعات التي أخذت بالنظرية العامة للفسخ على أن الاعذار مسألة ضرورية ، يجب أن يقوم بها الدائن نحو مدينه [1]، سواء كنا بصدد الفسخ القضائي ، أو الفسخ الاتفاقي ، وهو ما يتجه اليه الفقه بالاجماع [2] ، ويجرى بـه العمل في القضاء [3] .

غير أن القانون المدني الجزائرى في مادته 120 المنظمة للفسخ الاتفاقي قد خالف بقية القوانين السابق ذكرها ، في مسألة جواز الاتفاق على الاعفاء من الاعذار الذى أخذت به القوانين العربية صراحة .

---

(1) راجع في ذلك حكم المواد : 158 مدني مصرى ، 178 مدني عراقي ، 160 مدني ليبي ، 173 تجارى كويتي ، 143 مدني سوداني ، 159 مدني سورى ، 241 من قانون الموجبات اللبناني .

(2) أنظر في هذا الصدد : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط ج 1 المرجع السابق ص 717 فقرة 483 . الدكتور عبد الحي حجازى، المقال السابق المرجع السابق العدد الثاني السنة الاولى ص 446 وما بعدها . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 412 وما بعدها فقرة 218 . الدكتور وحيد رضا سوار، القانون المدني الجزائرى ، المرجع السابق ص 313 فقرة 537 . الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 344 وما بعدها فقرة 381 . الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 296 وما بعدها . الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ص 444 وما بعدها فقرة 344 .

(3) أنظر في ذلك نقض المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1980/6/11 ، وهو يشير الى ضرورة الاعذار المسبق قبل اخلاء المكان ، منشور في نشرة القضاة التي تصدرها وزارة العدل ، الفصل الثاني لسنة 1981 ص 99 وما بعدها .
أنظر في ذلك أيضا : حكم محكمة حسين داى رقم 79/428 ، الصادر بتاريخ 1980/9/21 وقد أشار الى وجوب الاعذار قبل فسخ العقد .
وأنظر ما قضت به محكمة النقض المصرية بتاريخ 1948/12/23 ، وقد جاء فيه أنه اذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه فعلى القاضي الحكم به اذا لم يدفع الثمن من المشترى بعد اعذاره ، أشار لهذا الحكم الدكتور عبد الحي حجازى ، في مقاله السابق ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، ص 447 هامش 1 .

ويترتب على ذلك ، أن الاعذار وفقا لقانوننا المدني ، لا يجوز الاعفاء منه ، حتى بالاتفاق بين المتعاقد الدائن ، والمتعاقد المدين في حالة الاتفاق على الفسخ مسبقا ، وهو أمر يدعو الى القول بأن فيه حدا من حرية المتعاقدين دون فائـــدة ، ولا منطق قانوني .

ذلك أن المنطق القانوني يقضي ، بأنه اذا كان للمتعاقدين الحق في الاتفاق على الفسخ مسبقا ، فانه يجوز لهما تبعا لذلك وبحريتهما المطلقة أن يتفقا على الاعفاء من الاعذار في حالة عدم قيام أحدهما بعدم التنفيذ ، ومما لا شك فيه في نظرنا أن جواز ذلك يجعل كل متعاقد حريصا على تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد علـى عاتقه لأنه يعلم مسبقا بأن الطرف الآخر له الحق في فسخ العقد بمجرد وقوع الاخلال من جانبه ، دون أن يقوم باعذاره . (1)

يضاف الى ذلك ، أن الصياغة القانونية ، لنص المادة 126 ، المتعلقة بالفسخ الاتفاقي ، يكتنفها ، بعض الغموض ، واللبس ، من عدة أوجه ، فقد جاءت عبارة (وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار) في النص المذكور غير دقيقة ، اذا ما علمنا أن المقصود من المادة هو الاتفاق ، كما هو واضح من بداية صياغة النص(2) .

ولذلك فان الصياغة التي أرى أنها مناسبة هي كما يلي : (وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار) وبذلك نكون قد أزلنا الغموض الذي يلحق بعبارة : (وهذا الشـ ـرط لا يعفي من الاعذار) .

---

(1) واذا كنا نغفل ترك مسألة الاعذار الى المتعاقدين ، فان هناك من يرى ، ضرورة اعادة النظر في نظام الفسخ كله ، لأنه يترك للمتعاقدين سلطة تقديرية تتحكم في مصير العقد ، وبالتالي وفقا لهذا الرأي تتعطل الأغراض والمصالح الاجتماعية .

غير أن هذا القول ، ليس له ما يبرره من الناحية القانونية ، ما دام نظام الفسخ نفسه يهدف الى حماية المتعاقد الذي ، لم يخل بالتزاماته ، ثم ان نظام الفسخ لا يعني تعطيل تحقيق الأهداف التي نشأت من أجلها العقود ، بل بالعكـس ، جاء من أجل تحقيقها .

أنظر هذا الرأي للدكتور بشرى جلدي ، مقال منشور في مجلة قضايا الحكومة ، المرجع السابق تحت عنوان وضع نظرية السبب في القانون المدني الاشتراكي ، ص 48 وما بعـــدها .

(2) أنظر في ذلك تعليق الدكتور ابراهيم أبو النجا على هذا النص ، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير ، المرجع السابق (غير مطبوعة) .

وبعد أن تحدثت المادة 120 في صدرها عن الاتفاق ، ذكرت في عجزها عبارة (... الذى يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين) ، وهي عبارة يسودها لبس كبير ، فهي توحي ، بأنه اذا لم يحدد المتعاقدان الاعذار ، يرجع في شأنه الى العرف لتحديده ، وهو أمر ليس يسيرا ، في جميع الحالات ، خاصة اذا كان العرف المعول عليه لتحديد الاعذار لا يعرف الاعذار بتاتا ، أو اذا لم يكن هناك عرف مطلقا .

والحقيقة هي أن المقصود من هذه العبارة ليس ما تقدم ، وانما المقصود منها ، هو ترك الحرية للمتعاقدين في تحديد المهلة التي يمنحها الدائن لمدينه عندما يقوم باعذاره ، فان لم تحدد بالاتفاق ، يرجع في شأنها الى العرف ليحل محل الاتفاق في تحديدها .

غير أن هذا الوضع يؤدى بنا من جهة أخرى الى نتيجة غير مستساغة اذ قد لا يكون هناك ، عرف ، كما ذكرنا آنفا ، وبالتالي ، يحرم المتعاقد الدائن من المهلة ، رغم أن نص المادة يهدف في مضمونه العام الى ضرورة اعطاء الدائن للمدين مهلة قبل اعلامه بفسخ العقد .

ومن جهة أخرى قد يكون هناك عرف ويحدد مهلة أكثر مما كان يتوقع الدائن ، فيحل بذلك العرف محل ارادته (1) ، وهي نتيجة غير منطقية ولا تتفق مع قواعد الفسخ الاتفاقي الذى يقوم أساسا على ارادة أحد المتعاقدين .

وأمام هذه الصياغة التي تتصف بالغموض تارة وعدم الدقة في بعض العبارات الواردة في النص تارة أخرى ، وعملا بما أخذ به القانون المدني المصرى الذى أخذ عنه المشرع الجزائرى في هذا المجال ، أرى ضرورة تعديل النص السابق بيانه وذلك بحذف عبارة (... الذى يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين) ، واضافة عبارة (ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه) .

وبذلك يستقيم النص من ناحية الصياغة القانونية ، ويساير القانون المدني الجزائرى ، القوانين الحديثة ، في اعطاء الدائن حق الاعفاء من الاعذار في حالة الاتفاق عليه مسبقا ، باعتبار أن الاعفاء من هذا الاجراء يزيد من حث المدين على التنفيذ في الوقت المحدد .

---

(1) أنظر : الدكتور ابراهيم أبو النجا ، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير ، المرجع السابق (غير مطبوعة) .

ثانيا ــ الاعلان عن التمسك بفسخ العقد من طرف الدائن :

الاجراء الآخر الذى يجب على المتعاقد الدائن في الفسخ الاتفاقي القيام به ، هو الاعلان عن رغبته [1] في حل الرابطة التعاقدية ، ذلك أن ارادته في هذا المجال هي التي تؤخذ في الاعتبار ، بعد حلول الأجل ، وليس الاتفاق الذى كان قد تمّ بينه وبين المتعاقد الآخر من قبل على فسخ العقد ، والّا أصبح الأمر بيد المدين [2] ، ان أراد الفسخ أحجم عن التنفيذ فيفسخ العقد ، وهو ما ترفضه قواعد نظرية الفسخ العامة ، وليس هو المقصود من قواعد الفسخ الاتفاقي [3] الوارد في نص المادة 120 من القانون المدني الجزائرى الذى يهدف الى حماية مصلحة الدائن لا المدين [4].

ويترتب على هذا الاجراء ، أنه قد يتحقق عدم التنفيذ ، في حالة الاتفاق على الفسخ مسبقا ، ومع ذلك يبقى العقد قائما ، من الناحية القانونية ، مادام المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، لم يعلن عن رغبته في فسخ العقد .

ذلك أن عدم التنفيذ يقتصر دوره ، ولو كان الفسخ اتفاقيا ، على نشوء حق الفسخ ، ومن ثم فاذا أعلن المتعاقد الدائن عن تمسكه به ، انحلت الرابطة التعاقدية كنتيجة حتمية لاستعماله لهذا الحق .

ولما كان لهذا الاعلان أهميته بالنسبة الى الدائن ، ولما كان يتضمن في ذات الوقت خطورة بالنسبة الى المدين ، فانه يجب أن يكون قاطعا في دلالته على فسخ العقد ، ومن ثمّ لا يجوز استنتاجه أو استنباطه من مضمون العبارات التي تصدر عن المتعاقد الدائن ، ويجب أيضا أن يكون الاعلان قد اتصل بعلم المدين ، تطبيقا لنص المادة 61 من القانون المدني الجزائرى ، والا فلا أثر له بالنسبة الى العقد المراد فسخه .

---

(1) أنظر في هذا الصدد : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 المرجع السابق ، ص 713 فقرة 485 .

(2) أنظر : الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 346 فقرة 332 .

(3) أنظر : الدكتور حسن الذنون ، محاضرات في القانون العراقي ، المرجع السابق ص126 .

(4) أنظر : الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، المرجع السابق ص 593 و 594 فقرة 331 .

واذا قام المتعاقد الدائن بهذا الاعلان على النحو المطلوب قانونا فلا يهمه بعد ذلك موافقة المدين ، أو عدم موافقته على فسخ العقد لأن الهدف من الاعلان ليس طلب الموافقة ، وانما ابلاغ الدائن مدينه بفسخ العقد ، وبالتالي التحلل من الالتزامات التي كانت على عاتقه في مواجهته .

هذه هي الشروط والاجراءات التي ينبغي أن تتحقق لايقاع الفسخ الاتفاقي ، دون تدخل قضائي ، من الناحية النظرية ، غير أن الميدان العملي له اعتباره مما يجعل تدخل القضاء ضروريا في بعض الحالات ، وهو ما نستعرضه فيما يلي :

* * *

المطلب الثاني

مدى سلطة القاضي التقديرية في الفسخ الاتفاقي

يبدو الأمر من الناحية النظرية ، سهلا للغاية ، اذ أنه لا سبيل لتدخل القضاء في هذا المجال مادام العقد قد تضمن استبعاده واتفق على فسخ العقد بارادة المتعاقد الدائن المنفردة .

غير أن للجانب العملي أهميته ، وكثيرا ما يكون له تأثيره في المسائل القانونية ، وفي مجال بحثنا نجد أن فسخ العقد بالاتفاق ، قد يؤدى من الناحية العملية الى نزاع بين المدين والدائن (1) الأمر الذى يؤدى الى عرض النزاع على القضاء فيكون تدخل القضاء ضرورة ملحة لا مناص منها لحل الرابطة التعاقدية .

وعليه فاذا قام نزاع بين المدين والدائن كأن يلجأ المدين الى القاضي منكرا على الدائن حقه في فسخ العقد بارادته المنفردة (2)، فان للقاضي عندئذ سلطة في الفصل في النزاع ، غير أن سلطته في هذا المجال ليست هي ذات السلطة التي عرفناها في مجال الفسخ القضائي ، بل هي تقتصر على التحقق من بعض المسائل القانونية وأهمها :

(1) أنظر في هذا الصدد : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 المرجع السابق ص 717 ، ومجلة المحاماة المصرية ، العددان الثالث والرابع ، المرجع السابق ص 109 .

(2) أنظر: الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ، العدد الثاني ، السنة الأولى ص 444.

أولا ـــ التحقق من وجود اتفاق على فسخ العقد :

سبق القول بأنه ، يشترط لجواز الفسخ الاتفاقي ، وبالتالي حل الرابطة التعاقدية بارادة المتعاقد الدائن المنفردة ، أن يكون العقد المراد فسخه ، قد تضمن ، اتفاقا يقضي بالفسخ .

وبناء على ذلك ، فاذا قام المتعاقد الدائن بفسخ العقد ، ونازعه المتعاقد الآخر فيه ، وعرض الأمر على القاضي ، فان على هذا الأخير أن يتأكد قبل كل شيء من صحة وجود الاتفاق أو من عدم صحته (1) .

ويترتب على ذلك ، أن سلطة القاضي تقتصر على البحث عن مدى صحة الاتفاق الذى عمد الدائن بمقتضاه الى فسخ العقد ، فاذا وجد من خلال بحثه ، أن هناك فعلا اتفاقا بين المتعاقدين وكان المقصود منه استبعاد سلطة القاضي ، على النحو الذى حددناه سابقا ، فلا يجوز له أن يعطل الفسخ ، أما اذا لم يجد في العقد اتفاقا ، أو وجده ولكنه لا يستبعد سلطة القاضي التقديرية صراحة(2) فانه يستطيع أن يحكم ببقاء العقد قائما ، ولا يعتد بالفسخ الذى أوقعه المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، وذلك لأن القاضي في هذه الحالة الأخيرة يستمد سلطة من نص المادة 119 التي تقضي بأن يكون الفسخ أمام القضاء(3) ، في حالة عدم وجود اتفاق يقضي بذلك ، وفقا للنص المادة 120 المتعلقة بالفسخ الاتفاقي (4) .

وعليه فان أول تصرف يجب أن يقوم به القاضي المرفوع اليه النزاع هو التحقق من وجود الاتفاق أو من عدم وجوده ، ثم التأكد من الصيغة التي ورد بها ، هل تفيد

(1) أنظر في هذا المعنى ، الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 352 وما بعدها فقرة 213 .

(2) أنظر في ذلك ، الدكتور وحيد رضا سوار ، القانون المدني الجزائرى ، المرجع السابق ص 310 فقرة 540 .

(3) أنظر في ذلك الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 412 ومابعدها فقرة 218. الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق المرجع السابق العدد الثاني السنة الأولى ص 444 ومابعدها .

(4) أنظر في هذا الصدد ، الدكتور جميل الشرقاوى ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، ص 406 ومابعدها . دار النهضة العربية ، القاهرة سنة 1981.

منح سلطة القاضي التقديرية ، أو هي عبارة عن ترديد للقواعد العامة التي جاءت بها المادة 119 المنظمة للفسخ القضائي [1].

ثانيا : التحقق من قيام الدائن باعذار المدين

رأينا من قبل ، كيف أن المشرع الجزائري لم يفرق في مسألة الاعذار بين الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي ، بل جعله اجراءا ضروريا في النوعين معا ، بحيث لم يجز للمتعاقدين في هذا الأخير الاتفاق على الاعفاء منه كما فعلت القوانين العربية السالفة الذكر ، ومن ثم فان على القاضي الذي يطرح أمامه نزاع بشأن الفسخ الاتفاقي ، بعد أن يتأكد من وجود الاتفاق على الفسخ مسبقا ، أن يتأكد من جهة أخرى من أن الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ قد قام باعذار مدينه ، حتى يكون استعماله لحق الفسخ بارادته المنفردة استعمالا صحيحا ومعتبرا قانونا .

وبناء على ذلك فان سلطة القاضي ، في حالة التحقق من قيام المتعاقد الدائن بالاعذار ، ينبغي ألا تتعدى ذلك ، بحيث لا يجوز له أن يعطل الفسخ الذي يكون قد أوقعه الدائن بعد قيامه باعذار المدين [2]. أما اذا وجد أنه قد فسخ العقد ، دون أعذار مدينه ، فان له أن يعتبر العقد مازال قائما ، مما يجوز معه للمدين أن يقوم بتنفيذ التزامه بعد ذلك ولا يجوز للمتعاقد الدائن في مثل هذه الحالة رفض هذا التنفيذ ، ذلك أن فسخ العقد دون سبق الاعذار غير جائز وفقا للقانون المدني الجزائري سواء كنا أمام الفسخ القضائي أو الفسخ الاتفاقي ، خلافا لما جرى عليه التشريع المصري ، وبقية التشريعات العربية الأخرى ، اذ أجازت الاتفاق على الاعفاء من الاعذار [3].

---

(1) أنظر : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 411 فقرة 213 . الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 344 فقرة 331 . الدكتور سليمان مرقس أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ص 443 ومابعدها .

(2) أنظر في ذلك حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 2 مايو 1946 وقد جاء فيه : أما الشرط الفاسخ الصريح فلا يملك معه القاضي امهال المشترى المتخلف عن أداء الثمن ، ولا يستطيع المشترى أن يتفادى الفسخ بأدائه الثمن أو عرضه بعد اقامة دعوى الفسخ عليه ، متى كان قد سبقها التنبيه الرسمي الى الوفاء مما يدل على أن القاضي لا يستطيع منح وقوع الفسخ في مثل هذه الحالة التي قام فيها الدائن بالاعذار .

(3) راجع حكم المواد 158 مدني مصرى ، 178 مدني عراقي ، 160 مدني ليبي ، 173 تجارى كويتي ، 143 مدني سوداني ، 159 مدني سورى .

ثالثا ــ تحقق القاضي من عدم التنفيذ

اذا ما تأكد القاضي في مجال الفسخ الاتفاقي من هذه الشروط الاجرائية انتقل بعد ذلك الى التحقق من السبب الذى أدى بالمتعاقد الدائن الى القيام بفسخ العقد ، ومعنى ذلك أن عليه أن يتأكد من وجود تقصير من جانب المتعاقد الآخر، يتمثل في عدم قيامه بالتنفيذ ، الذى يعتبر السبب المباشر والجوهرى ، في نشوء حق المتعاقد الدائن في التحلل من الرابطة التعاقدية[1] سواء عن طريق الفسخ القضائي أو عن طريق الفسخ الاتفاقي ، بل ان عدم التنفيذ هو السبب الرئيسي الذى أدى بالفكر القانوني منذ القديم الى البحث عن وجود نظرية عامة للفسخ .

ولما كان عدم التنفيذ على هذه الدرجة من الأهمية بالنسبة الى فسخ العقد ، كان على القاضي الذى يطرح أمامه النزاع ، حتى لو كان العقد قد تضمن الاتفاق على الفسخ ، أن يتحقق من أن المدين لم يقم فعلا بتنفيذ ما عليه من التزامات تعاقدية[2] نحو المتعاقد الدائن الذى بادر الى فسخ العقد ، مدعيا تحقق واقعة عدم التنفيذ ، فاذا ما وجد أن عدم التنفيذ المنسوب الى المتعاقد المدين حقيقة وليس ادعاءا ، من الدائن كان عليه أن يقر ما أوقعه الدائن من فسخ . [3]

ويستوى في عدم التنفيذ ، في حالة الفسخ الاتفاقي ، أن يكون مطلقــا ، أو نسبيا[4] ، ذلك أن سلطة القاضي التقديرية التي عرفناها بصدد الكلام ، عن الفسخ القضائي وقد رأينا أنها تتسع الى أبعد الحدود عندما يكون عدم التنفيذ جزئيــا ، بحيث يجوز للقاضي رفض الفسخ نهائيا ، ليست هي نفس السلطة هنا ، ذلك أن المادة 120 من القانون المدني الجزائرى ، وكذلك الأمر بالنسبة الى القوانين العربية ، قد جاءت بصيغة عامة بالنسبة الى عدم التنفيذ ولم تفرق بين عدم التنفيذ المطلق وعدم التنفيذ الجزئي .

---

(1) أنظر في هذا الصدد ، الدكتور عبد الحي حجازى المقال السابق المرجع السابق العدد الثاني السنة الأولى ص 461 . وما سبق بيانه بصدد دراسة التطور التاريخي لنظرية الفسخ .

(2) قارن في هذا المجال ما ذهب اليه الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 353 .

(3) أنظر : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 414 فقرة 218 .

(4) أنظر : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق المرجع السابق العدد الثاني السنة الأولى ص 450 .

ويترتب على ذلك أن دور القاضي يقتصر في هذا المجال على التحقق من مدى صحة عدم التنفيذ ، ولا دخل له بعد ذلك في مسألة عدم التنفيذ الكلي ، وعدم التنفيذ الجزئي [1] ، فاذا وجد أن المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزاماته التعاقدية ، وبقي بعضها الآخر دون تنفيذ ، مما أدى بالمتعاقد الدائن الى فسخ العقد بارادته المنفردة وفقا للاتفاق السابق ، فليس له أن يحكم ببقاء العقد قائما ، ويرفض الفسخ الذى أوقعه المتعاقد الدائن ، لأن القاضي ليس له أن يقدر مدى جسامة عدم التنفيذ في الفسخ الاتفاقي ، وانما الذى يملك ذلك هما المتعاقدان [2] وفقا لعموم نص المادة 120 المنظمة لهذا النوع من الفسخ .

يضاف الى ذلك ، أن الفسخ الاتفاقي الوارد في النص المذكور آنفا ، يعتبر استثناء من القاعدة العامة التي قضت بها المادة 119 من القانون المدني الجزائرى ، ولذلك فاذا كانت هذه الأخيرة قد أعطت للقاضي سلطة تقديرية متفاوتة تصل في بعض الأحيان الى ، رفض طلب الفسخ عندما يكون عدم التنفيذ قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات ، كما جاء في النص صراحة (ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات) ، فان المنطق يقضي بأن تسلب منه هذه السلطة ، وفقا للمادة 120 المتعلقة بالفسخ الاتفاقي التي تعتبر في الحقيقة استثناء من القاعدة العامة السالفة الذكر .

ذلك أن المادة 120 قد جاءت لتزيد من تقوية مركز المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، في مواجهة مدينه ، أكثر من سابقتها ومن ثم فلا يمكن القول بأن القاضي سلطة تقديرية في البحث عن جسامة عدم التنفيذ في حالة الفسخ الاتفاقي ، والا أصبح لا فرق بين هاتين المادتين ، وهو ما يتنافى مع قواعد نظرية فسخ العقد التي تضمنت طرقا مختلفة لحل الرابطة التعاقدية .

---

(1) يستفاد ذلك من حكم محكمة النقض المصرية التي قضت في حكم لها بتاريخ 13 يناير 1945 بأن الشرط الفاسخ الصريح يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ولا يبقى له في اعتبار الفسخ حاصلا فعلا الا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها . فدل ذلك على أن عدم التنفيذ لا ينظر في مدى جسامته القاضي في حالة الفسخ الاتفاقي ، أشار الى هذا الحكم الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق المرجع السابق العدد الثاني السنة الأولى ص 450 .

(2) أنظر: تفصيلا لذلك : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق المرجع السابق ، العدد الثاني السنة الأولى ص 449 وما بعدها .

واذا كان الفسخ الاتفاقي ، في مفهومه الدقيق يؤدي الى فسخ العقد بإرادة المتعاقد الدائن المنفردة ، ويحدد باتفاق من المتعاقدين مسبقا ، عند ابرامهما للعقد ، فما على القاضي الذى يرفع اليه النزاع في هذا الشأن الا أن يتحقق من صحة هذا الاتفاق ليحكم بفسخ العقد بعد ذلك ، ويكون حكمه كاشفا للفسخ وليس منشئا له (1) .

الا أن ذلك لا يعني أن الاتفاق على الفسخ جائز ولو كان عدم التنفيذ تافها لأن ذلك يخالف مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود المنصوص عليه في المادة 107 من القانون المدني الجزائرى ، ويخالف أيضا ما جرى العرف على التسامح فيه بين المتعاملين (2) .

ويترتب على ذلك أن للقاضي الذى يطرح عليه النزاع فيجد أن عدم التنفيذ تافه ومخالف لما جرى العرف على التسامح فيه ، أن يحكم ببطلان الاتفاق ، ومن ثم فان العقد يصبح خاليا من الاتفاق على الفسخ مسبقا مما يجعله في مثل هذه الحالة خاضعا لحكم المادة 119 بدلا من حكم المادة 120 ، وبالتالي يستطيع القاضي رفض فسخ العقد الذى أوقعه المتعاقد الدائن بإرادته المنفردة ، وذلك لأن القاضي يكون قد استمد سلطاته في ذلك من المادة 119 ، وهي بطبيعة الحال سلطة واسعة ، اذ أنه يستطيع رفض الفسخ اذا ما تبين له أنه لا مبرر لفسخ العقد (3) .

واذا كانت سلطة القاضي التقديرية في مجال الفسخ الاتفاقي لا تتجاوز سلطة التثبت ، من حصول الاخلال ، أو عدم حصوله (4) ، وكان المتعاقد الدائن قد قام باعذار مدينه ، وكان هناك اتفاق يقضي بالفسخ ، فهل يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا للتنفيذ ، رغم تحقق ذلك كله ؟

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 المرجع السابق ص 717 فقرة 484 و ص 720 فقرة 485 . الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ص 445 فقرة 344 ، الدكتور محمود جمال الدين زكي المرجع السابق ص 415 فقرة 218 . الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت المرجع السابق ، ص 346 فقرة 382 .

(2) أنظر : الدكتور أسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية ، المرجع السابق ص 71 .

(3) أنظر : الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق المرجع السابق العدد الثاني السنة الاولى ص 454 .

(4) أنظر : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 354 .

يجمع الفقه الحديث (1) على أنه لا يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للمدين لتنفيذ التزاماته التعاقدية ، في جميع الحالات التي يكون فيها العقد الذى يربطه بالدائن قد تضمن الاتفاق على الفسخ بارادة منفردة من طرف المتعاقد الذى لم يحصل على الأداء المطلوب في العقد ، ويستوى في ذلك أن يكون عدم التنفيذ مطلقا أو جزئيا ، ما لم يكن الاخلال من الأشياء أو المسائل التافهة التي جرى العرف على التسامح فيها كما أسلفنا القول في ذلك من قبل .

غير أن رأيا قديما نسبيا ، ذهب الى القول بأنه يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا للتنفيذ ولو كنا أمام الفسخ الاتفاقي وخاصة عندما يتعلق الأمر بالتأخير في التنفيذ .

ولقد استند صاحب هذا الرأى ، الى قواعد العدالة التي تفرض حسب نظره على القاضي منح المدين أجلا للتنفيذ (2) .

ويبدو لنا أن هذا الرأى الأخير يخالف القواعد الأساسية التي يقوم عليها الفسخ الاتفاقي الذى يقوم أساسا على استبعاد تدخل القاضي كقاعدة عامة ، واذا ما دعت الضرورة الى تدخله فان تدخله لا يتجاوز التحرى والتحقق من المسائل القانونية السالف بيانها .

---

(1) أنظر: الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 354 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 412 فقرة 218 . الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ص 444 فقرة 344 . الدكتور أنور سلطان ، المرجع السابق ص 343 فقرة 419 . الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ص 717 فقرة 433 . الدكتور عبد الحي حجازى المقال السابق ، المرجع السابق العدد الثاني السنة الأولى ص 449 ومابعدها .

(2) قال بهذا الرأى الفقيه الفرنسي ، بيجو برياملو Bigot - Préameneu
Lors même que la condition résolutoire serait formellement stipulée, il faudrait toujours constater l'inexécution, en vérifier les causes, les distinguer d'un simple retard et dans l'examen de ces causes, il peut en être de si favorables que le juge se trouve force par l'equité à accorder un délai.

أشار الى ذلك الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق ، المرجع السابق ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، ص 459 هامش رقم 1 .

ذلك أن القول بمنح المدين أجلا في حالة الفسخ الاتفاقي يعني بطريقة غير مباشرة تطبيق المادة 119 المتعلقة بالفسخ القضائي بدلا من نص المادة 120 التي يجب تطبيقها في هذا المجال ، اذ أن الهدف من ورود هذه الأخيرة في نظرية فسخ العقد هو من أجل اعطاء المتعاقدين الحرية في استبعاد تدخل القاضي ، والا كان وروده في القانون المدني لا معنى له ، وهو ما يخالف الحكمة من أي تشريع كان .

ومما يؤكد عدم صحة اعطاء القاضي للمدين أجلا للتنفيذ في حالة الفسخ الاتفاقي ، أن محكمة النقض الفرنسية ، قد نقضت حكما كان قد منح للمدين مهلة للتنفيذ رغم أن العقد يتضمن الاتفاق على الفسخ بمجرد تحقق الاخلال وانقضاء مدة الاعذار التي حددها الاتفاق بخمسة عشر يوما [1] ، وهو ما ذهبت اليه أيضا محكمة النقض المصرية ، اذ قضت بأنه ، متى كان الطرفان قد اتفقا في عقد البيع على أن يقع الفسخ في حالة تأخير المشترى عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة الى تنبيه رسمي ، فان العقد ينفسخ بمجرد التأخير [2] ، وقضت أيضا ، بأنه في حالة الفسخ الاتفاقي لا يملك القاضي سلطة تقديرية يستطيع معها اعطاء المدين مهلة للتنفيذ [3] .

وفوق ذلك فمن الناحية التاريخية التي عرفتها نظرية فسخ العقد العامة ، والتطور الذى مرّ به الفسخ الاتفاقي على وجه الخصوص هناك دليل قاطع على حرمان القاضي من اعطاء المدين أجلا للتنفيذ في حالة الاتفاق على الفسخ مسبقا ، اذ قد رأينا من قبل بصدد دراسة الفسخ في القانون الروماني ، أن ما كان يسمى ، بالشرط الفاسخ الصريح ، وهو ما نسميه حاليا بالفسخ الاتفاقي ، لم يكن يبيح للقاضي سلطة التدخل لايقاع الفسخ أو منح المدين أجلا للتنفيذ ، بل كانت للمتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ الحرية الكاملة في فسخ العقد بمجرد تحقق عدم التنفيذ .

(1) أشار الى هذا الحكم الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق العدد الثاني السنة الأولى المرجع السابق ص 459 هامش رقم 2 .
(2) أشار الى هذا الحكم الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 410 فقرة 217 هامش رقم 5 .
(3) أشار الى هذا الحكم الدكتور عبد الحي حجازى المقال السابق العدد الثاني السنة الأولى ص 460 هامش 2 .

واذا كانت هذه هي سمة الفسخ الاتفاقي منذ القديم ، فان القوانين الحديثة ، ومنها القانون المدني الجزائري ، قد حافظت عليها ولا تزال هي ذاتها ، بل ان هذه القوانين الأخيرة وقانوننا المدني منها ، لم تجعل الفسخ الاتفاقي قاصرا على عقد البيع ، كما كان يفعل القانون الروماني ، وانما عممته بحيث أصبح يطبق على جميع العقود الملزمة للجانبين ، مع الابقاء على حرية المتعاقد الدائن بالالتزام في فسخ العقد .

وفضلا عن ذلك كله ، فان سلطة القاضي في منح المدين أجلا للتنفيذ في حالة الفسخ الاتفاقي ، لا يمكن القول بها لأنها تتنافى في حد ذاتها مع مضمون النص الوارد بشأن الفسخ الاتفاقي ، اذ أنه يفهم ضمنا من اصطلاح الاتفاق على فسخ العقد الذى قبله المدين منذ ابرام العقد ، أنه قد تنازل عن هذا الأجل أو المهلة التي كان من الممكن الاستفادة منها ، لو أنه لم يوافق على الفسخ الاتفاقي ، ومن ثم فلا يعقل أن يتنازل صاحب المصلحة عن بعض المزايا التي يعلم جيدا أنها تفيده ، ويعيدها اليه القاضي بعد أن تنازل عنها بارادته الحرة . (1)

يستنتج مما تقدم ، أن تدخل القضاء في مجال الفسخ الاتفاقي محدود جدا ، اذا قورن بالفسخ القضائي ، بحيث ان سلطته في العقود الملزمة للجانبين التي تتضمن اتفاقا يقضي بفسخ العقد بارادة المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، لا تتعدى اذا ما رفع اليه النزاع في شأنها ، التحقق ، من توافر شروط الفسخ الاتفاقي سواء كانت موضوعية أو اجرائية ، فاذا ما تحقق من وجودها ، فليس له بعد ذلك أن يعطل الفسخ الذى أوقعه المتعاقد الدائن ، لأن ذلك من أهم الفوارق الجوهرية التي يتميز بها هذا النوع من الفسخ عن النوع السابق بيانه ، أما اذا وجدها غير متوافرة فانه يستطيع ابطال الفسخ الذى يكون الدائن قد أوقعه لأنه يعد في نظر القانون فسخا مخالفا لما تضمنته المادة 120 من القانون المدني الجزائرى .

واذا كانت سلطة القاضي التقديرية في مجال الفسخ الاتفاقي لا تتجاوز هذا القدر المحدود على النحو السابق ، فما هي حدود سلطة صاحب الحق في الفسخ نفسه ؟

(1) أنظر في هذا المجال الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق العدد الثاني ، السنة الأولى ص 459 ومابعدها .

وبعبارة أخرى ، هل يجوز للمتعاقد الدائن ، الذى من حقه فسخ العقد ، أن يطالب بالتنفيذ رغم تحقق شروط الفسخ الاتفاقي ؟ هذا ما نجيب عليه فيما يلي :

* * *

المطلب الثالث

مدى حق الدائن في فسخ العقد أو التمسك بالتنفيذ بمقتضى الاتفاق

لم يحدد القانون المدني الجزائرى على غرار القانون المدني المصرى والقوانين العربية الأخرى ، صراحة مدى حق المتعاقد الدائن بالالتزام ، في فسخ العقد ، أو عدم فسخه ، عندما يكون الفسخ اتفاقيا ، وانما اقتصرت المادة 120 منه على القول بأنه (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . . .) ، الأمر الذى يدعو الى التساؤل ، هل يجوز للمتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، أن يبدأ بطلب التنفيذ ولو تحقق عدم التنفيذ ؟ وما أثر ذلك على حقه في الفسخ ؟ وهل يجوز له اذا بدأ بالفسخ أن يعدل عنه الى طلب التنفيذ ؟ يمكن أن نجيب على هذه التساؤلات من خلال دراستنا لنقطتين هما :

أولا — بدء المتعاقد الدائن بطلب التنفيذ :

تجلى لنا بصورة واضحة من خلال دراستنا شروط الفسخ سواء كان قضائيا ، أو اتفاقيا ، أن عدم التنفيذ باعتباره أهم شرط تقوم عليه نظرية فسخ العقد ، لا يؤدى تحققه في حد ذاته الى فسخ العقد ، وانما ينشأ عنه حق المتعاقد الدائن في طلب الفسخ اذا كان الأمر يتعلق بالفسخ القضائي ، أو التمسك بالفسخ ، اذا كنا أمام عقد تضمن اتفاقا يقضي بفسخ العقد بارادة منفردة .

ويترتب على ذلك أن المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ يكون له حق أصلي وحيد ، وهو المطالبة بالتنفيذ ، وهذا هو الأصل الطبيعي لجميع العقود ، وينشيء له عدم التنفيذ حقا احتياطيا وهو حقه في فسخ العقد ، فاذا فضل المطالبة بالتنفيذ وهو الحق الأصلي ، بدلا من تمسكه بفسخ العقد (1) ، رغم تحقق عدم التنفيذ ،

---

(1) أنظر في هذا الصدد : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 414 فقرة 218 .

فليس في ذلك تعارض مع الاتفاق على الفسخ الذى اتفق عليه المتعاقدان منذ ابرام العقد ، ذلك لأن مصلحة المتعاقد (1) الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ متروكـــة لتقديره هو ، لأنه قد يرى أن فسخ العقد لا يجديه في شيء .

وبناء على ذلك فان مضمون نص المادة 120 المتعلقة بالفسخ الاتفاقـــي ، يوحي لنا ، بأن للمتعاقد الدائن الحق في أن يفضل طلب التنفيذ على فســـخ العقد ، ولا يوجد ما يمنعه من ذلك من الناحية القانونية ، بل ان المنطق القانوني يتسق مع هذا التفسير وهو ما يذهب اليه الفقه الحديث. (2)

وقد ذهب الفقيه الايطالي لاتور (3) الى القول بأنه اذا كان من حـــق المتعاقد الدائن وحده اختيار الوسيلة التي يراها ناجعة لحماية حقوقه ، فان اختياره طلب التنفيذ بدلا من تمسكه بالفسخ رغم تحقق شروطه يؤدى الى حرمانه من العدول عنه مرة أخرى الى الفسخ على أساس أن طلب التنفيذ يعتبر تنازلا منه عن حقه فـــي الفسخ المتفق عليه في العقد ، ولكن يبقى له وفقا للقواعد العامة أن يطلبه من القاضي ، ومعنى ذلك أننا لا نطبق المادة 120 من القانون المدني الجزائرى في حالة البدء بطلب التنفيذ ، ثم العدول عنه الى طلب الفسخ ، وانما نطبق المادة 119 المتعلقة بالفسخ القضائي .

غير أنه يؤخذ على هذا الرأى ، أن البدء في طلب التنفيذ لا يمكن اعتباره حجة على أن الدائن قد تنازل عن حقه في فسخ العقد بمقتضى الاتفاق(4) ، ذلــك أن

---

(1) أنظر : الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 346 فقرة 382 .

(2) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 المرجـــع السابق ص 719 فقرة 485 . الدكتور جميل الشرقاوى النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ص 403 . الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ص 177 . الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 297 . الدكتور عبد المنعم البدراوى ، النظرية العامة للالتزام ج 1 المرجع السابق ص 557 .

(3) أشار الى هذا الرأى الدكتور عبد الحي حجازى المقال السابق المرجع السابق ، العدد الأول السنة الثانية ص 3 هامش رقم 2 .

(4) أنظر في ذلك الدكتور عبد الحي حجازى المقال السابق المرجع السابق العدد الثاني السنة الأولى ص 473 .

الهدف من الاتفاق على الفسخ الذى أجازه القانون في العقود الملزمة للجانبين ، هو أصلا تقوية مركز الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، وحماية حقوقه حماية أكثر ، ومن ثم فليس من المعقول ، ولا من المنطق القانوني السليم ، أن يحرم الدائن من هذه الحماية ، لا لشيء الا لأنه اتبع الطريق الأصلي والطبيعي لتنفيذ العقد ، ولم يحصل على الأداء الواجب على عاتق المدين ، فعدل عنه الى الفسخ لحل الرابطة التعاقدية ، وبالتالي التخلص من التزاماته التعاقدية نحو المدين ، وهذا هو الاتجاه الذى يتجه نحوه الفقه الحديث (1) ، اذ كما يرى البعض (2) اذا كانت المطالبة بالتنفيذ في الفسخ القضائي لا يترتب عليها سقوط الحق في فسخ العقد قضائيا ، فأولى أن يجوز ذلك في حالة الفسخ الاتفاقي .

واذا كنا نؤكد أن البدء بالمطالبة بالتنفيذ لا يعد نزولا عن الحق في فسخ العقد ، حتى لو كنا أمام الفسخ الاتفاقي (3) فليس معنى ذلك أن هذا الحق لا يجوز التنازل عنه ، فهو كغيره من الحقوق يجوز لصاحبه أن ينزل عنه ، ويترتب على هذا التنازل أن المتعاقد الدائن يفقد حقه في فسخ العقد بعد ذلك وفقا لما جاءت به المادة 120 ، غير أن ذلك لا يؤثر على حقه المقرر له وفقا للمادة 119 ، أى أنه اذا كان قد تنازل عن حقه في فسخ العقد بارادته المنفردة ، فيجوز له أن يطالب بفسخ العقد أمام القضاء ، لأن ما هو مقرر في المادة الأولى غير ما هو مقرر في المادة الثانية .

---

(1) أنظر في هذا المجال : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 المرجع السابق ص 719 فقرة 485 . الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ص 177 . الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص 346 فقرة 332 .

(2) أنظر في هذا الصدد كاربنتييه ، اذ يقول :
Du droit pour le vendeur impayé de se prévaloir d'und clause résolutoire expresse même aprés avoit poursuivi l'éxecution du contrat, Revue trimestrielle 1954, p. 320.

(3) ولقد جاء في حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 25/12/1952 ، ان للمشترى عند تأخر البائع في التسليم الخيار بين طلب التنفيذ العيني وطلب الفسخ ، كما له لو كان قد رفع دعواه بطلب التسليم أن يعدل عنه الى طلب الفسخ ، أشار الى هذا الحكم الدكتور عبد الحي حجازى في مقاله السابق العدد الثاني السنة الأولى ، ص 475 هامش رقم 2 .

المطلب الرابع
مدى حق المدين في التنفيذ المتأخر

طبقا للوضع العام الذى يجرى عليه العمل بين المتعاقدين في مجال الفسخ الاتفاقي ، أنه بمجرد عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية يقوم المتعاقد الدائن باعذار مدينه ، ثم يعلن عن تمسكه بالفسخ بعد انتهاء مدة الاعذار، وبالتالي يفسخ العقد فور صدور هذا الاعلان دون انتظار .

ويترتب على ذلك أنه يتعذر على المدين تفادى الفسخ ، اذ لا يوجد عقد بعد ذلك من الناحية القانونية ، اذ يفسخ العقد في الفسخ الاتفاقي بناء على اعلان الدائن رغبته في حل العقد (1) ، كما سبق أن قلنا .

غير أن هناك بعض حالات يتحقق فيها عدم التنفيذ ، ولا يسارع المتعاقد الدائن الى استعمال حق الفسخ أى لا يقوم باعلان رغبته في فسخ العقد ، مما يجعل العقد من الناحية القانونية مازال قائما ولكنه في ذات الوقت مهدد بخطر فسخه ، فيثار التساؤل عن حق المدين في تفادى الفسخ خلال هذه الفترة الزمنية التي تتميز بوجود حق الفسخ لأن عدم التنفيذ قد وقع ، وعدم حل الرابطة التعاقدية وبقاء العقد قائما ، لأن صاحب حق الفسخ لم يستعمله بعد .

لمعرفة مدى حق المدين في تفادى الفسخ في هذه الحالة الأخيرة يجب الرجوع قليلا الى ما سبق بيانه بصدد الكلام عن شروط الفسخ سواء كان قضائيا أو اتفاقيا ، اذ رأينا بأن عدم التنفيذ رغم أنه شرط جوهرى لقيام الفسخ ، لا يصلح وحده سببا لحل الرابطة التعاقدية ، بل لابد من صدور حكم قضائي يثبت عدم التنفيذ ، عندما يتعلق الأمر بالفسخ القضائي ، أو من اعلان المتعاقد الدائن عن رغبته في فسخ العقد ، عندما يتعلق الوضع بالفسخ الاتفاقي وفقا للمادة 120 السالف ذكرها .

---

(1) أنظر : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 413 فقرة 218، اذ يرى أن على الدائن إن أراد الابقاء على العقد أن يعلن عن ارادته بعد تحقق عدم التنفيذ ، وهو رأى في نظرنا غير مستساغ لأن الاعلان عن الارادة ، يكون في حالة اصراره على الفسخ .

بالفسخ ، لأنه بمجرد اتخاذه هذا الموقف لم يعد "هناك عقد" من الناحية القانونية بالمرة ، حتى يمكن القول بجواز طلب تنفيذه بعد ذلك .

وهذا هو الفرق الجوهرى بين الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي من ناحية مدى سلطة الدائن ، في كل منهما ، ذلك أن العقد في الفسخ القضائي يبقى قائما رغم مطالبة المتعاقد الدائن بفسخه الى أن يصير الحكم القضائي نهائيا ، ومن ثم فلا مانع فيه من عدول المتعاقد الدائن عن طلب الفسخ الى طلب التنفيذ ، بينما الفسخ الاتفاقي ينحل فيه العقد بغير ذلك كما أوضحنا سابقا .

يضاف الى ذلك أن الأخذ بجواز العدول عن الفسخ الاتفاقي الى طلب التنفيذ بعد اعلان المتعاقد الدائن عن نيته في الفسخ غير مفيد من الناحية العملية ، اذ يؤدى الى عدم الاستقرار في المعاملات ، ويجعل مصير العقد بالنسبة الى المدين غير معروف ، وهو وضع غير مستساغ ، اذ الأخذ به يعني بطريقة غير مباشرة أن المدين يبقى مهددا من حين لآخر بمطالبة الدائن له بالتنفيذ ولو بعد مدة طويلة من اعلان الفسخ .

غير أن المقصود من عدم جواز عدول الدائن عن تمسكه بالفسخ الاتفاقي الى طلب التنفيذ ، لا يسرى مفعوله اذا وقع قبل وصول الاعلان عن الفسخ الى علم المدين ، لأن العقد قبل ذلك لا يزال قائما ومن ثم فليس هناك ما يمنع من عدول المتعاقد الدائن عن تمسكه بالفسخ الى طلب التنفيذ .

وبناء على ذلك ، يمكن القول ، بأن المتعاقد الدائن الذى أعلن عن تمسكه بالفسخ ، ووصل اعلانه الى علم المتعاقد الآخر ، لا يجوز له أن يعود مرة أخرى الى طلب التنفيذ .

وعليه فان السلطة التقديرية التي منحها المشرع للمتعاقد الدائن في حالة الفسخ الاتفاقي ، نجدها تارة تبدو أوسع من سلطته في حالة الفسخ القضائي وتارة أخرى تضيق كما هي الحال بالنسبة الى هذه الحالة الأخيرة .

واذا كان هذا هو الوضع بالنسبة الى كل من القاضي والدائن في حالة الفسخ الاتفاقي ، فهل يجوز للمدين التنفيذ المتأخر رغم تحقق عدم التنفيذ ؟ هذا ما نجيب عليه فيما يلي :

ونظرا الى أهمية هذا النزول وخطورته في آن واحد ، فانه لا يجوز أن يستنتج استنتاجا ، كما لو تسامح المتعاقد الدائن مع مدينه في تأخير دفع أجرة العين المؤجرة ، أو كما لو تنازل المشترى عن بعض أوصاف في الأداء كان الطرفان قد اتفقا عليها ، بل يجب أن يكون النزول الذى يعتد به قانونا على قدر من الوضوح خال من الغموض واللبس .

وهكذا نجد أن المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، ليس مجبرا على التمسك بفسخ العقد حتى في حالة الفسخ الاتفاقي ، بل يجوز له أن يبدأ بطلب التنفيذ ، ولا يعتبر ذلك نزولا منه عن حقه في الفسخ الاتفاقي ، ما لم يكن نزوله قاطع الدلالة على أنه لا يريد الفسخ ، كما لو صرح بذلك صراحة .

ثانيا : بدء المتعاقد الدائن بالتمسك بالفسخ الاتفاقي

قد يختار المتعاقد الدائن ، التمسك بالفسخ المتفق عليه ، دون المطالبة بالتنفيذ ، بمجرد وقوع عدم التنفيذ ، فيكون بذلك قد فضل استعمال حقه الاحتياطي المتفق عليه في العقد ، بدلا من استعمال حقه الأصلي الذى تنشأ من أجله جميع العقود ، وهو التنفيذ .

واذا كان من حق الدائن وحده اختيار الطريق الذى يناسبه ، وقد انصب اختياره على التمسك بالفسخ ، وهو الطريق الذى يؤدى لا محالة الى حل الرابطة التعاقدية حلا نهائيا ، بدلا من الطريق الآخر ، وهو المطالبة بالتنفيذ الذى يؤدى الى تأكيد وجود العقد اذا كان الأمر على هذا النحو ، أفلا يجوز للدائن أن يعدل عن التمسك بالفسخ كما هي الحال بالنسبة الى الفسخ القضائي الذى رأينا فيه أن من حق الدائن أن يعدل عن طلب الفسخ الى طلب التنفيذ ما لم يصدر الحكم نهائيا ؟

الواقع أن العدول عن التمسك بالفسخ الاتفاقي الى طلب التنفيذ لا يمكن القول به ، اذ كما قلنا سابقا ، ان الاعذار الذى يوجهه المتعاقد الدائن الى المدين ، مبرزا فيه نيته في فسخ العقد ، هو الذى يجعل الرابطة التعاقدية منحلة ، ومن ثم فالمنطق القانوني يفرض علينا ، أن نرفض عدول الدائن عن موقفه الأول الذى أعلن فيه عن تمسكه

ويترتب على هذا المفهوم الذى تقوم عليه نظرية فسخ العقد ، سواء في قانوننا المدني أو في بقية القوانين العربية الأخرى ، أن المدين الذى أخل بالتزاماته التعاقدية ، وفقا للاتفاق الذى يربطه بالمتعاقد الآخر ، يعتبر في نظر القانون مقصرا في مواجهة هذا الأخير ، الذى يحق له بناء على هذا الاخلال أن يتخلص من التزاماته نحو مدينه المقصر ، وذلك بمجرد اعلانه فسخ العقد الذى يربطه بالمدين [1].

غير أن عدم قيام المتعاقد الدائن بهذا الاجراء يفتح أمام المدين المقصر طريقا استثنائيا ، يمكن بواسطته أن يتفادى ايقاع الفسخ ، وذلك بتنفيذ التزاماته تنفيذا متأخرا ، وليس في ذلك من الناحية القانونية والمنطقية معا ، ما يخالف قواعد نظرية فسخ العقد بصفة عامة والفسخ الاتفاقي بصفة خاصة ، اذ بهذا التنفيذ يزول السبب الذى وضعت النظرية من أجله ولو أنه تنفيذ متأخر [2] ، مادام الدائن لم يعلن بعد رغبته في الفسخ .

غير أنه يجب عدم التوسع في جواز التنفيذ المتأخر من طرف المدين في حالة الفسخ الاتفاقي ، وذلك نزولا واحتراما لمبدأ سلطان الارادة المنصوص عليه في المادة 106 من القانون المدني الجزائرى ، والذى يقضي باحترام ما يرد من اتفاقات في العقد .

فقد يولي المتعاقدان أهمية كبرى لميعاد التنفيذ ، فيصبح التنفيذ المتأخر غير مفيد بالنسبة الى الدائن الذى لم يحصل على الأداء في الميعاد المتفق عليه .

ولذلك فانه يترتب على اشتراط ميعاد لتنفيذ الالتزامات من أحد طرفي العقد ، أن المدين الذى لم ينفذ التزاماته في الميعاد المحدد ، لا يجوز له بعد ذلك القيام بتنفيذها ولو تأخر المتعاقد الدائن بدوره عن الاعلان عن فسخ العقد .

غير أن سكوت الدائن عن الافصاح عن ارادته في فسخ العقد يجب ألا يتجاوز الحد المعقول ، والا عدّ ذلك نزولا منه عن حقه في الفسخ مما يجوز معه للمدين القيام

---

(1) ولقد حكمت محكمة النقض الايطالية في هذا المجال بأنه : لا يترتب على اشتراط الفسخ اعتبار العقد مقترنا بشرط فاسخ بالمعنى الصحيح ذلك أن الفسخ لا يتحقق بمجرد عدم التنفيذ بل يجب صدور اعلان من جانب الدائن . أشار الى هذا الحكم الدكتور عبد الحي حجازى ، المقال السابق المرجع السابق العدد الثاني السنة الثانية ، ص 210 هامش رقم 1 .

(2) أنظر : الدكتور عبد الحي حجازى، المقال السابق المرجع السابق العدد الثاني السنة الثانية ، ص 212 ومابعدها .

بتنفيذ التزاماته تنفيذا متأخرا ، لأن الطريق الاحتياطي الذي كان قد وجد لحماية الدائن قد زال ، بناء على سكوته غير المعقول ، ومن ثم فما عليه الا أن يقبل التنفيذ باعتباره الطريق الأصلي ولو كان متأخرا .

وغني عن البيان أن المتعاقد الدائن الذي فقد حقه في فسخ العقد بارادته المنفردة نتيجة سكوته غير المعقول ، لا يؤثر على حقه في فسخ العقد وفقا للمادة 119 باعتبارها هي التي تضمنت القاعدة العامة ولا يمكن أن يفقد حق الفسخ بمقتضاهـا مادام عدم التنفيذ قائما .

وننتهي الى القول بأن للمدين الحق في تفادي ايقاع الفسخ حتى لو كنا أمام الفسخ الاتفاقي ، الا أن مجال هذا الحق محدود ، وليس كما هو الشأن بالنسبة الى الفسخ القضائي ، الذي يكون فيه للمدين متسع من الوقت لتفادي الفسخ .

ويلاحظ أن هذا التشديد الذي يتعرض له المدين في الفسخ الاتفاقي يعود الى طبيعة هذا النوع من الفسخ ، اذ أنه يتميز بأنه استثناء من الأصل العام ، ولذا فلا غرابة في أن يكون الجزاء فيه أكثر قسوة على المدين ، وفي ذلك ، كما أرى ، حث على تنفيذ العقد ، يهدف اليه القانون بطريقة غير مباشرة ، ومن ثم فلا نرى ما يراه بعض الفقهاء ، من اعادة النظر في بعض الأنظمة القانونية ومنها نظرية فسخ العقد (1). لأن فسخ العقد سواء كان قضائيا أو اتفاقيا وفقا للمادتين 119 و 120 من القانون المدني الجزائري لا يناقض ما جاءت به المادة 106 وهو أن العقد شريعة المتعاقدين بل الفسخ في مفهومه العام يؤكد مدى قوة العقد الالزامية ، ووجوب تنفيذه والا جاز حله وفقا للقواعد السالفة الذكر .

واذا كان نظام الفسخ يعطي للدائن الحق في اللجوء الى القاضي لحل الرابطة التعاقدية ، ويجيز له أيضا أن يفسخ العقد دون اللجوء الى القضاء عندما يكون هناك اتفاق في العقد ، وذلك كله عندما يكون عدم التنفيذ راجعا الى المدين ، فهل يستطيع المتعاقد الدائن أن يتحلل من التزاماته عندما يكون عدم التنفيذ راجعا الى السبب الأجنبي ؟ هذا ما نجيب عليه فيما يلي :

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور بشرى جندي ، المقال السابق المرجع السابق ص 37 ومـا بعدها ، والغريب أن صاحب هذا الرأي نفسه يعترف بضرورة الفسخ في حالة وجود سوء النية من أحد المتعاقدين ، بل ويطالب بتنظيم جزاءات جنائية توقع على المدين ، نفس المقال ص 50 .

المبحث الثالث

إنفساخ العقد بقوة القانون

ان عملية تنفيذ العقد ، ليست أمرا سهلا ، بل هي أصعب بكثير من عملية تكوينه تكوينا صحيحا من الناحية القانونية ، ويرجع ذلك الى الأسباب المتعددة التي تحول دون تنفيذه ، فتارة يكون المتسبب في وقوعها الانسان ، وتارة أخرى لا تكون للانسان يد فيها .

ولقد رأينا من قبل كيف أن عدم التنفيذ الذى يرجع الى المدين نفسه يؤدى الى فسخ العقد ، وبقي أن نعرف ما مصير العقد حين لا يكون عدم التنفيذ راجعا الى المدين ، وانما يرجع الى السبب الأجنبي ، فماذا يكون حكمه بالنسبة الى الرابطة التعاقدية ، والالتزامات التي كانت قد ترتبت عليها ؟ هذا هو ما نبحثه فيما يلي :

* * *

المطلب الأول

مفهوم الانفساخ

يقصد باصطلاح انفساخ العقد انحلاله بقوة القانون de plein droit مما يجعل الالتزامات التي كانت قد نشأت عنه قبل ذلك تزول وتنقضي رغم ارادة المتعاقدين ورغم ارادة القاضي أيضا اذا ما عرض عليه النزاع ، كما سوف نرى في حينه .

وبهذا الصدد تنص المادة 121 من القانون المدني الجزائرى أسوة ببقية التشريعات الحديثة(1) ، على ما يلي : (في العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب (2) تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون) .

فطبقا لهذا النص ، نجد المشرع الجزائرى ، قد وضع قاعدة عامة ينحل فيها العقد في جميع الحالات التي لا ينفذ فيها ، لسبب لا يد للمدين فيه ، فتلك القاعدة

---

(1) راجع المادة 159 مدني مصرى ، 160 مدني سورى ، 161 مدني ليبي ، 174 تجارى كويتي .

(2) يلاحظ أن النص العربي قد سقطت منه كلمة (استحالة) ولذلك يجب اضافتها في تشريع لاحق حتى يستقيم المعنى كما هو وارد في النص الفرنسي الذى جاء فيه : (d'impossibilité d'exécution) .

هي التي ينطلق منها المتعاقد الدائن لحماية حقوقه في مواجهة المدين الذى قد أصبح التنفيذ بالنسبة اليه مستحيلا ولا اجبار بمستحيل [1] .

والمقصود من الاستحالة التي تؤدى الى انحلال العقد هنا ، الاستحالة التي لا يمكن توقعها ولا مقاومتها ، كالقوة القاهرة ، وما في حكمها [2] ، لأنها تؤدى بوقوعها الى انفساخ العقد ومن ثم الى انقضاء التزامات المدين ، وتنقضي تبعا لذلك الالتزامات المقابلة لها فيحدث الانفساخ [3] . أما اذا كانت الاستحالة المانعة من تنفيذ العقد من فعل المدين ، فان حكم المادة 121 لا ينطبق لأن القصد من هذه المادة هو السبب الأجنبي فقط ، ومن ثم فان العقد لا يعتبر منحلا بحكم القانون ، بل يبقى قائما ، ولما كانت استحالة التنفيذ ما تزال قائمة في وجه المتعاقد الدائن والمتسبب فيها هو المدين [4] ، فان القانون يحميه في حقوقه ويجيز له في مثل هذه الحالة [5] المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية وفقا لنص المادة 176 من القانون المدني الجزائرى التي تنص على أنه : (اذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ...) .

وأما المطالبة بفسخ العقد وفقا لما يقضي به نص المادة 119 من نفس القانون ، فلأن الاستحالة التي تنتج من جانب المدين مهما كانت من حيث صورها وأشكالها ، تدخل في حكم مفهوم عدم التنفيذ الذى قضت به هذه المادة الأخيرة .

---

(1) الدكتور عبد المنعم البدراوى ، النظرية العامة للالتزام ج 1 المرجع السابق ص 561 .

(2) يلاحظ أن التسمية تختلف في هذا المجال من تشريع الى آخر ومن فقه لآخر أيضا .

ففي الفقه الانجليزى يعبر عن القوة القاهرة بالحادث الآلهي ، وفي الفقه الاسلامي يعبر عنها بالآفة السماوية .

أنظر تفصيلا لذلك الدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ص 497 ومابعدها .

(3) أنظر : الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 293 ومابعدها ، الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج 1 المرجع السابق ص 449 ومابعدها .

(4) أنظر في ذلك : الدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ص 500 ومابعدها .

(5) أنظر : الدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ص 501 .

ويدخل في هذا المفهوم الذى يقضي بانفساخ العقد بحكم القانون ، ماجاءت به المادة 307 من نفس القانون التي تنص على أن : (ينقضي الالتزام اذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن ارادته) .

وعليه فطبقا لهذا النص أيضا ، اذا كان مصدر الالتزام عقدا من العقود الملزمة للجانبين ، وأثبت المدين أن الالتزام الذى على عاتقه قد أصبح تنفيذه مستحيلا عليه ، ولا دخل له في ذلك ، فان الرابطة التعاقدية تنحل بحكم القانون. (1)

وبناء على هذه النصوص القانونية ، فان العقد الملزم للجانبين يمكن أن ينحل ، دون اللجوء الى القضاء كقاعدة عامة ، ودون أن يكون هناك اتفاق يقضي بذلك ، بل ينحل بحكم القانون اذا ما توافرت بعض الشروط القانونية التي نعالجها فيمايلي :

* * *

المطلب الثاني

شروط انفساخ العقد بحكم القانون

يستخلص من مفهوم الانفساخ السابق بيانه ، والنصوص القانونية الواردة بصدد الاستحالة التي تحول دون تنفيذ العقد ، أن انحلال العقد بقوة القانون وبالتالي زوال الالتزامات التي تكون قد ترتبت عليه لايمكن تحققه الا بتوافر شروط معينة يمكن تعدادها فيما يلي :

الشرط الأول : يجب أن تكون الاستحالة التي أدت الى عدم التنفيذ قد نشأت بعد اتمام ابرام العقد الذى هو محل الانفساخ .

أما اذا كانت الاستحالة قد نشأت قبل ابرامه فاننا لانكون أمام حالة تسمى بالانفساخ ، اذ لا يكون هناك وجود للعقد اطلاقا وانما نكون أمام حالة قانونية تختلف كل الاختلاف عن الانفساخ وهي البطلان ، ولذلك فحكم القانون في حالة استحالة التنفيذ التي نشأت قبل ابرامه هو البطلان (2) .

---

(1) أنظر : الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 293 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 427 فقرة 225 .

(2) أنظر : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 362 ، الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 المرجع السابق ص 725 هامش رقم 1 .

الشرط الثاني : يجب أن تكون الاستحالة تامة ، أي شاملة لجميع الالتزامات الناشئة عن العقد ، أما اذا كانت عبارة عن ارهاق[1] أو انصبت على جزء من العقد دون الأجزاء الأخرى ، فانها لا تؤثر على بقية الأجزاء الأخرى ، وبالتالي فان العقد يبقى قائما ، ولا يقع الانفساخ ، وغاية ما في الأمر أن للدائن الحق في مثل هذه الحالة في أن يطالب بفسخ العقد وفقا للقواعد العامة الواردة في نص المادة 119 من نفس القانون ، وهو ما يستفاد من الفقرة الثانية من نص المادة 481 التي أعطت الحق في الاختيار بين فسخ العقد أو انقاص الثمن ولم تقض بالانفساخ[2].

الشرط الثالث : يجب أن تكون استحالة التنفيذ فعلا راجعة الى تدخل السبب الأجنبي ، وأن يكون المدين قد قام بعمل ما في وسعه لتفادي وقوعها ، ورغم ذلك وقعت .

والحكمة من هذا الشرط ، هي أن تحققه يؤدي الى انتفاء حق المتعاقد الدائن في الخيار بين المسئولية العقدية ، وفسخ العقد قضائيا ، وهو الحق الذى يتمتع به لو كانت الاستحالة راجعة الى فعل المدين[3] .

وغني عن البيان أن مجرد تحقق هذا الشرط يؤدي الى انفساخ العقد بحكم القانون ، وذلك بصرف النظر عما اذا كانت الاستحالة في حد ذاتها استحالة مادية كانهدام المنزل المبيع قبل تسليمه من طرف البائع[4] أو استحالة قانونية كنزع ملكية هذا المنزل[5] .

وعليه فان الاستحالة التي يتسبب فيها المدين لا تؤدي الى انقضاء الالتزام ، وبالتالي لا يقع انفساخ العقد ، رغم أنها تؤدي الى استحالة تنفيذ العقد تنفيذا عينيا ولذلك فللمتعاقد الدائن في هذه الحالة أن يطالب بالتنفيذ بمقابل أي التعويض عن طريق التنفيذ وفقا للمادة 176 من نفس القانون ، أو يطالب بفسخ العقد طبقا للمادة 119 السالفة الذكر.

---

(1) أنظر : أنور سلطان ، المرجع السابق ص 414 .
(2) راجع ما سبق بيانه بصدد الفسخ القضائي عند ما يكون الهلاك جزئيا .
(3) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 المرجع السابق ص 724 فقرة 489 .
(4) أنظر : عبد الجبار ناجي الملا صالح ، المرجع السابق ص 155 ومابعدها .
(5) أنظر : الدكتور أنور سلطان ، المرجع السابق ص 414 .

هذه هي الشروط التي اذا توافرت في أى عقد من العقود ومثلها بطبيعة الحال العقود الملزمة للجانبين باعتبارها مجال تطبيق نظرية فسخ العقد ، انفسخ العقد بحكم القانون .

واذا كان الأمر على هذا النحو من الناحية النظرية والقانونية معا ، فما هو دور كل من القاضي اذا ما رفع اليه النزاع في هذا الشأن ، وما هو دور كل من الدائن والمدين في حالة الانفساخ باعتبارهما طرفي العقد ، هذا ما نبحثه فيمايلي :

* * *

المطلب الثالث

مـــــدى سلطة كل من القاضي والدائن والمدين في ايقاع الانفساخ أو عدم ايقاعه

ينبغي في هذا المجال البحث عن دور القاضي الذى يرفع اليه النزاع[1]، ثم مدى موقف الدائن من انفساخ العقد ، وأخيرا هل يستطيع المدين تفادى الانفساخ ؟

أولا ـــ بالنسبة الى القاضي :

لا سبيل الى تدخل القاضي في انفساخ العقد الذى يقع بحكم القانون بمجرد تحقق الشروط السابقة الذكر ، غير أن هذا القول يجب ألا يؤخذ على اطلاقه ، ذلك أن الواقع العملي يفرض علينا غير ذلك ، ويبرر السبيل لتدخل القاضي ، اذ كثيرا ما يقوم نزاع بين المتعاقدين[2] بشأن تحقق الاستحالة أو عدم تحققها[3]، وهذا وحده كاف لجعل اللجوء الى القاضي ضرورة حتمية للفصل في النزاع بما له من سلطة في هذا المجال يخولها له القانون .

الا أن سلطة القاضي في مجال الانفساخ ليست هي ذات السلطة التي عرفناها من قبل ، وخاصة في مجال الفسخ القضائي ، اذ يجب في مجال الانفساخ ألا تتجاوز التحقق من وقوع الاستحالة أو عدم وقوعها .

(1) أنظر الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت المرجع السابق ص 350 ومابعدها .

(2) أنظر الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت المرجع السابق ص 335 فقرة 338 .

(3) أنظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 المرجع السابق ص 724 فقرة 489 .

ويترتب على ذلك أن القاضي الذى يعرض عليه النزاع ، اذا وجد أن الاستحالة قد تحققت فعلا ، لا يكون أمامه الا أن يحكم بفسخ العقد وحكمه هذا ، لا يعني أنه منشيء للانفساخ ، بل يعتبر مقررا له فقط ، لأن الانفساخ يكون قد تحقق منذ تحققت شروطه [1] ، أما اذا تبين له بعد البحث والتحرى أن الاستحالة التي قال بهــا الدائن استحالة وهمية ، وبالتالي يمكن تنفيذ العقد [2] ، فانه يحكم ببقائه قائما ، ذلك أن الاستحالة في هذه الحالة لا يكون لها وجود من الناحية القانونية وفقـا للنصوص السالفة الذكر (المادة 121 و 176) .

غير أن للدائن اذا لم تتوفر الاستحالة أن يتخذ طريقا آخر لحماية حقوقه في مثل هذه الحالة ، وذلك اما بالمطالبة بالتنفيذ ، وأما بالمطالبة بالفسخ وفقا لنص المادة 119 من القانون المدني الجزائرى ، وذلك على أساس أن عدم التنفيذ قد يتحقق ومع ذلك لا يعتبر استحالة بالمفهوم الذى حددناه في هذا المجال ، أى الذى يؤدى الى الانفساخ ، فيكون له الحق في طلب الفسخ القضائي .

وانطلاقا من هذا المفهوم لسلطة القاضي في مجال انفساخ العقد بحكم القانون بسبب استحالة التنفيذ الراجعة الى السبب الأجنبي يمكن القول بأن دوره محدود للغاية بل يكاد ينعدم ، ذلك أن حل الرابطة التعاقدية عن طريق الانفساخ لا يحتاج الأمر فيه الى صدور حكم قضائي في شأنه كما هي الحال في الفسخ القضائي ، ولا الى منح مهلة للمدين ، لأن هذه المهلة تعطى له عندما يكون العقد قائما ، في حين أن تحقق شروط الانفساخ يعني زوال العقد ، ومن ثم فان القاضي المرفوع اليه النزاع لا يستطيع رفض انفساخ العقد اذا ما تحقق من صحة استحالة التنفيذ .

وتجدر ملاحظة أن القضاء الفرنسي يخضع كلا من الفسخ الذى يتم لعدم التنفيذ ، والانفساخ الذى يكون نتيجة الاستحالة في التنفيذ لرقابته ، وبالتالي لابد من صدور حكم بشأنهما [3] .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد المنعم البدراوى النظرية العامة للالتزام ج 1 المرجع السابق ص 562 والدكتور سليمان مرقس أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ص 453 .

(2) راجع في هذا المجال حكم محكمة حسين داى بتاريخ 1980/11/25 تحت رقم 79/1120 وقد جاء فيه : وحيث أن التنفيذ أصبح ممكنا ، وحيث أن المدعى عليه يرغب في الرجوع الى عمله بعد أن تحسنت صحته من المرض ، وحيث أنه لم يعد هناك والحالة هذه سبب لرفع دعوى المطالبة بالتعويض مادام التنفيذ ممكنا . فدل ذلك على أن للقاضي سلطة في الحكم ببقاء العقد مادامت الاستحالة قد زالت ويمكن التنفيذ .

(3) أنظر : الدكتور احمد حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، ص 350 فقرة 383 .

ويعود السبب في ذلك الى أن القانون المدني الفرنسي كما سبق القول لا يعرف نظرية عامة للفسخ ، ثم انه عندما تطرق لحالات استحالة التنفيذ ، وانقضاء الالتزام ، هنا وهناك[1] ، لم يضع قاعدة عامة أخرى تقضي بانقضاء الالتزامات المقابلة لها[2].

وقد ترتب على هذا الوضع أن القضاء الفرنسي أصبح مضطرا الى الرجوع في جميع الحالات التي يحدث فيها انحلال العقد الى المادة 1184 منه لاستنباط الحلول ، وهي بطبيعة الحال تستلزم صدور حكم قضائي مهما كان نوع الفسخ .

ولذلك فان ما يجرى عليه العمل في فرنسا[3] هو التسوية بين أمرين مختلفين من حيث القواعد والأسس القانونية التي يبنى عليها كل من الفسخ والانفساخ ، وهو وضع يدعو الى القول بعدم صحته ، وبأن القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى متفوقة في هذه الناحية على القانون المدني الفرنسي ، لأنها وضعت نظرية عامة لفسخ العقد لا يعرف مثلها القانون الفرنسي .

ويترتب على ذلك أنه لا يسوغ القول في القانون المدني الجزائري بأنه يخضع الانفساخ الى صدور حكم من القاضي لايقاعه بل هو يقع بقوة القانون اذا ما توافرت شروطه ، وبذلك اكتملت نظرية فسخ العقد العامة ، اذ وضع القانون المدني الجزائري على غرار القوانين الحديثة ، قواعد خاصة لكل من الفسخ القضائي والاتفاقي والانفساخ ، خلافا للتسوية بين هذه النظم التي يجرى بها العمل في القضاء الفرنسي[4]

---

(1) أنظر : الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ، ص 449 فقرة 347.

(2) راجع حكم المواد 1147 ، 1148 ، 1302 من القانون المدني الفرنسي ، تجدها خالية من القاعدة العامة التي تقضي بانقضاء الالتزامات المقابلة .

(3) أنظر: الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت المرجع السابق ، ص 350 وما بعدها .
بلانيول ، وريبير ، وأسمان ، شرح تطبيقي للقانون المدني الفرنسي ج 6 المرجع السابق بند 413.

(4) أنظر : كولان وكابيتان :

Colin et Capitant, Traité de droit civil, tome 2, Les obligations et droits réels principaux. refondu par : Julliot de la morandière, Paris 1959, N 1024, p. 571.

ثالثا – بالنسبة الى المدين :

المفروض في مجال تنفيذ العقد ، أن المدين قد قام بكل ما في وسعه من أجل تحقيق مصلحة المتعاقد الدائن تطبيقا لمقتضى روح العقد (1) ووفقا لما تقتضيه قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " في مفهومها الواسع ولما يقتضيه حسن النية في تنفيذ العقد .

فاذا قام المدين بكل ما في وسعه ومع ذلك وقعت الاستحالة في التنفيذ مما جعل الرابطة التعاقدية تنحل بقوة القانون ، فان الالتزامات التي كانت على عاتقه تنقضي ومن ثم فلا التزام بمستحيل (2) لأن القانون لا يلزم المدين بأن يكون انسانا أسمى يقهر القوة الطاغية ويؤدي أعمالا بطولية خارقة (3) ، مما يدل على أن المدين لا يستطيع تفادي انفساخ العقد ، كما كان يستطيع في الفسخ القضائي أو في الفسخ الاتفاقي في بعض الحالات ، ذلك أن الأمر في مجال الانفساخ لا يتعلق بعدم تنفيذه ، حتى يمكن القول بالرجوع عنه وبالتالي لا يفسخ العقد ، وانما قد أصبح الأمر يتعلق باستحالة راجعة الى سبب أجنبي ينتهي معها العقد الى انفساخ الحتمي بحكم القانون (4) .

وننتهي الى القول بأن المدين في جميع الحالات التي تتحقق فيها الاستحالة على النحو السابق ، لا يمكنه أن يتفادى ايقاع الانفساخ ، بل ان انحلال الرابطة التعاقدية في هذه المرة يقع رغم أنه قد لا يكون راغبا فيه ، خاصة اذا علمنا أن المدين هو الذي يتحمل تبعة الانفساخ كقاعدة عامة ، وهذا ما نستعرضه فيما يلي :

* * *

---

(1) أنظر : الدكتور أحمد شرقي عبد الرحمن ، مضمون الالتزام العقدي ، المطبعة العربية الحديثة بالعباسية سنة 1976 ص 45 ومابعدها .

(2) بودري وفال ، الالتزامات ج 22 القسم الثاني ص 460 فقرة 423 عن عبد الجبار ناجي الملا صالح ، المرجع السابق ص 154 .

(3) أنظر : عبد الجبار ناجي الملا صالح ، المرجع السابق ص 154 .

(4) أنظر : الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ص 453 فقرة 350 . الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد ، المرجع السابق ص 600 ومابعدها فقرة 336 .

المطلب الرابع

من يتحمل تبعة الانفساخ ؟

سبق القول بأن انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ ، يجعل المتعاقد الذي كان ملتزما به في حل من تنفيذ التزامه ، في مواجهة المتعاقد الآخر ، أي أن الطرف الآخر الذي يكون في هذه الحالة في مركز الدائن لا يستطيع أن يطالب بالتنفيذ ، لأن الأداء الذي كان مقررا تقديمه لم يعد موجودا حتى تجوز المطالبة به .

ولقد سبقت الاشارة أيضا الى أن الدائن الذي لم يستطع ولن يستطيع الحصول على المقابل الذي التزم من أجله من حقه أن يعتبر نفسه متحللا من الالتزامات التي كانت على عاتقه .

ويترتب على ذلك أن المدين الذي استحال عليه التنفيذ (1) لا يستطيع بالمقابل أن يطالب الدائن بالتنفيذ ، لأن القول بغير ذلك ، يعني حصول المدين على أداء دون أن يقدم للمتعاقد الآخر الأداء الذي التزم به ، الأمر الذي يجعل هذا الوضع غير متفق مع طبيعة العقود الملزمة للجانبين ، التي تقوم أساسا على الالتزامات المتقابلة بين الطرفين والمترابطة بعضها ببعض في ذات الوقت بحيث يؤثر سقوطها من جانب على الجانب الآخر (2) .

ويترتب على هذه الاعتبارات القانونية والفنية معا ، التي تقوم عليها فئة العقود الملزمة للجانبين ، أن الطرف الذي يستحيل عليه تنفيذ التزامه نتيجة تدخل السبب الأجنبي هو نفسه الذي يتحمل الخسارة الناجمة عن ذلك .

ولما كان هذا الطرف الذي استحال عليه تنفيذ التزامه لم يستطع القيام بما عليه من التزامات في مواجهة الطرف الآخر ، فانه يكون من الناحية القانونية في مركز المدين والمتعاقد الآخر في مركز الدائن ، ومن ثم فالمنطق يقضي بأن تحمل تبعة الاستحالة ، وانفساخ العقد تبعا لها يقع على عاتق المدين لا الدائن ، فيكون لهذا الأخير اذا لم يكن قد قدّم الأداء الذي التزم به ، أن يحجم عن تقديمه ، وأن يعتبر نفسه في حل من العقد الذي كان يربطه بالمتعاقد الآخر .

---

(1) أنظر: الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد المرجع السابق ص 562 فقرة 387 .
(2) أنظر : الدكتور وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ص 313 فقرة 544 .

أما اذا كان قد قدّم الأداء ، تنفيذا للالتزام الذى رتبه العقد المنفسخ ، فانه يستطيع أن يطالب باسترداده .

وهذه القاعدة عامة ومطلقة ، أخذت بها غالبية القوانين العربية[1] والفقه الحديث[2] ، فسواء أكان العقد الملزم للجانبين من العقود الناقلة للملكية[3] أم لم يكن ، فان تحمل التبعة يقع على عاتق المدين ، وخير دليل على ذلك هو ما جاءت به المادة 369 من القانون المدني الجزائرى في مجال تنظيم عقد البيع ، اذ نصت على أنه : (اذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشترى الثمن الا اذا وقع الهلاك بعد اعذار المشترى بتسليم[4] المبيع)، فقد حملت المدين تبعة الاستحالة ما لم يقم البائع باعذار المشترى ليتسلم المبيع قبل هلاكه ، فينتقل تحمل التبعة الى الدائن ولا يتحمل المدين في هذه الحالة مسئولية تقصير الدائن .

واذا كان الوضع في القوانين العربية[5] هو على النحو السابق ، اذ لم تفرق بالنسبة الى تحمل التبعة بين العقود الناقلة للملكية ، وغير الناقلة لها ، وجعلته في جميع صور الانفساخ يقع على المتعاقد المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه ،

---

(1) راجع حكم المواد : 473 مدني مصرى ، 371 مدني سورى ، 425 مدني عراقي ، 360 مدني ليبي ، 365 تجارى كويتي ، 343 مدني سوداني .

(2) أنظر: الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 351 فقرة 389 ، الدكتور عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ص 569 فقرة 415 . الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى الوسيط ج 1 المرجع السابق ص 726 فقرة 490 . الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص 337 فقرة 171 . الدكتور سليمان مرقس أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ص 452 فقرة 349 .

(3) يلاحظ أن هذه العقود في القانون الفرنسي تخرج من نطاق تطبيق القاعدة العامة التي أخذت بها القوانين العربية .

(4) يلاحظ أن النص قد ورد فيه خطأ مادى ، وهو (بتسليم المبيع) والصحيح هو (بتسلم المبيع) فيجب ازالته بتصحيح لاحق حتى يستقيم المعنى المقصود .

(5) يلاحظ أن القانون اللبناني قد استثنى من القاعدة العامة التي أخذت بها القوانين العربية العقود الناقلة للملكية على غرار القانون الفرنسي ، وقضى في مادته 243/2 بأن استحالة التنفيذ تكون على المالك .

فان القانون الفرنسي ذهب الى عكس ذلك ، اذ قرر في المادة 1133 ، أن هلاك الشيء محل العقد بعد انعقاد العقد يكون على الدائن باعتباره مالكا ، ولو تم الهلاك قبل التسليم ما لم يكن الدائن قد أعذر المدين بالتسليم فتكون تبعة الهلاك على المدين .

ويعود هذا الحكم في حقيقة الأمر الى نظرة المشرع الفرنسي الى أن الالتزام بالتسليم ، يعتبر التزاما ثانويا ، ومن ثم فان البائع بمجرد انعقاد العقد يعتبر قد نفذ جميع التزاماته الرئيسية فتنتقل الملكية على اثر ذلك الى المشترى .

ويترتب على هذا النظر أن المدين لا يعود مدينا في مواجهة الدائن ، فلا يتحمل تبعة الهلاك ، اذا ما هلك الشيء في يده قبل تسليمه الى الدائن المالك ، وهذا يعني ، أن هذا الأخير هو الذى يتحمل تبعة الهلاك في القانون الفرنسي ، في العقود الناقلة للملكية وقد قيل في تبرير هذا الحكم ، أن الدائن يصبح مالكا بمجرد انعقاد العقد ولو لم يتم التسليم ، وبالتالي يتملك ما ينتجه الشيء محل العقد قبل التسليم فيكون الغرم بالغنم .

غير أن هذا النظر الذى بنى عليه القانون المدني الفرنسي الحل لا ينسجم على الأقل مع الناحية العملية ، اذ ما فائدة عقد تمّ انعقاده ولكن دون أن يحصل الدائن فيه على الأداء من الناحية العملية ، وما فائدة اعتراف القانون له بوجود العقد دون أن يحميه حماية كافية عند ما يتدخل السبب الأجنبي .

وفضلا عن ذلك فان الالتزام بالتسليم التزام أساسي [1] وجوهري ، ولو أنه التزام تبعي بالنسبة الى التزام المتعاقد بنقل الملكية [2] ، وليس التزاما ثانويا [3] ، كما يفهم من القانون المدني الفرنسي .

---

(1) أنظر: الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد ، المرجع السابق ص 604 فقرة 337 .

(2) أنظر: الدكتور عبد المنعم البدراوى ، النظرية العامة للالتزام ج 1 المرجع السابق ، ص 569 فقرة 415 .

(3) أنظر: الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص 339 . والدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد ، المرجع السابق ص 603 ومابعدها . والدكتور وحيد رضا سوار ، القانون المدني الجزائرى ، المرجع السابق ص 316 ومابعدها .

وعليه فان القاعدة العامة التي أخذت بها التشريعات العربية وسايرها في ذلك القانون المدني الجزائري هو الحل المفضل ، اذ حمّلت هذه الأخيرة المدين تبعة الهلاك في جميع الحالات التي ينفسخ فيها العقد بحكم القانون سواء كان العقد من العقود الناقلة للملكية أو لم يكن ، ذلك أن الغرض من انحلال العقد هو حماية الدائن في العقود الملزمة للجانبين من مدينه الذى لم يستطع القيام بتنفيذ ما عليه من التزامات تعاقدية ، إما لتقصيره ، وإما لتدخل قوة خارجة عن ارادته .

وهكذا نجد أن انفساخ العقد ما هو الا نوع من الفسخ الذى تضمنته النظرية العامة ، يهدف القانون من ورائه حماية المتعاقد الدائن من الالتزامات التي تقع على عاتقه في مواجهة المدين .

ورغم أن الهدف من اقامة نظرية عامة للفسخ واحد كما أوضحنا فيما تقدم ، فان هناك فروقا بين فسخ العقد الذى يتم عن طريق القضاء ، أو بحكم الاتفاق ، وبين الانفساخ بحكم القانون ، ينبغي ابرازها فيما يلي :

* * *

المطلب الخامس

الفروق التي يتميز بها الانفساخ عن الفسخ القضائي ، والاتفاقي

يختلف الانفساخ الذى يحدث نتيجة لاستحالة التنفيذ عن الفسخ الذى يكون سببه عدم تنفيذ المدين لالتزامه من عدة نواح ، رغم أن المتعاقد الدائن يتحلل من التزاماته في الحالتين ، وذلك فيما يلي :

أولا — من حيث الحكم القضائي :

تبين لنا أنه لا حاجة الى حكم قضائي لايقاع الانفساخ عندما يستحيل التنفيذ على المدين بسبب تدخل السبب الأجنبي ، لأن انحلال العقد في مثل هذه الحالة يقع بحكم القانون ، واذا حدث أن قام نزاع بين الطرفين وأصدر القاضي حتما يقضي بالانفساخ فما ذلك الا حكم كاشف للانفساخ الذى يكون قد وقع من قبل [1] ، وهو من هذه الناحية يقترب من فسخ العقد بارادة الدائن المنفردة بناء على اتفاق سابق ،

---

(1) الدكتور وحيد رضا سوار ، القانون المدني الجزائرى ، المرجع السابق ص 315 فقرة 547 .

ولكنه يختلف عنه بأن الفسخ الاتفاقي لا يتم الا بناء على اعلان الدائن رغبته في حل الرابطة التعاقدية ، في حين أن الانفساخ لا دخل لارادته في ذلك ، بل يقع ولو لم يرض به (1) .

ثانيا ـ من حيث الاعذار :

لا محل في مجال انفساخ العقد بحكم القانون الى قيام الدائن باتخاذ اجراء الاعذار الذى تحدثنا عنه في كل من الفسخ القضائي والاتفاقي ، والذى لابد منه فيهما معا ، طبقا لنص المادتين 119 و 120 من القانون المدني الجزائرى ، ويعود اعفاء الدائن من الاعذار في الانفساخ ، الى أن التنفيذ لم يعد ممكنا وبالتالي تنتفي الحكمة من مطالبة الدائن به (2)، والى أن التزام الطرف الآخر في حقيقة الأمر قد زال قبل أن يسقط التزام الدائن (3) .

ثالثا ـ من حيث التعويض :

قد يتضرر الدائن في مجال الانفساخ ، من استحالة التنفيذ ، ومع ذلك فليس له الحق في المطالبة بالتعويض ، لأن السبب الذى أدى الى عدم التنفيذ لا يرجع الى تقصير المدين ، في حين أنه يجوز للدائن ، الى جانب فسخ العقد قضائيا أو اتفاقيا ، الحصول على التعويض اذا كان هناك مقتض لذلك (4) .

واذا كانت هذه هي الأنواع الثلاثة التي تضمنتها نظرية فسخ العقد التي نظمها المشرع الجزائرى في المواد 119 و 120 و 121 ، فهل يدخل الفسخ الوارد في المادة 392 من نفس القانون تحت مضمون احدى هذه المواد ؟ هذا ما نجيب عنه فيما يلي :

---

(1) أنظر في ذلك : الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ، ص 453 فقرة 350 .

(2) أنظر في ذلك : الدكتور وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ص 315 فقرة 547 . الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص 453 فقرة 350 .

(3) الدكتور عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ص 126 .

(4) راجع في ذلك حكم المادة 119 / 1 من القانون المدني الجزائرى وسائر النصوص من القانونية المقابلة لها والمشار اليها سابقا في التشريعات الحديثة . وأنظر في هذا المجال : الدكتور وحيد سوار ، المرجع السابق ، ص 315 فقرة 547 . والدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج 1 المرجع السابق ص 453 فقرة 350 .

المبحث الرابع
فسـخ العقد طبقا للمادة 392

المطلب الأول
مـفهومه وشروطـه

لقد نظم المشرع الجزائري ، على غرار القوانين الحديثة ، طريقا آخر يمكـن بواسطته فسخ العقد وفقا لنص المادة 392 من القانون المدني ، ويمكن بادئ ذي بدء القول بأنه نوع رابع من أنواع الفسخ رغم أنه لم يرد تحت النظرية العامة للفسخ السابق بيانها .

وقد كان تنظيم المشرع لهذا النوع من الفسخ في مجال عقد البيع الذي يكون فيه المبيع عروضا تجارية ، أو غيرها من المنقولات ، فنصت المادة السابق الاشـارة اليها على ما يلي : (في بيع العروض وغيرها من المنقولات ، اذا عين أجل لدفـع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع ، ودون سبق انـذار اذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك)[1].

وقد يبدو لأول وهلة من هذا النص ، أن فسخ العقد وفقا له لا يخرج عما سبق بيانه بصدد دراسة بقية أنواع الفسخ الأخرى باعتبارها ، هي التي تضمنت القواعـد العامة التي بنيت عليها نظرية فسخ العقد .

غير أن هذا النظر لا يكون سائغا كما سوف نبينه في حينه ، خاصة وأن المشرع قد أتى في هذا المجال الذي لا يتضمن الا بيع العروض والمنقولات بقواعد وعناية خاصة لحماية البائع ، يستطيع من خلالها أن يتخلص من التزاماته نحو المشـتري بارادته المنفردة بمجرد حلول الأجل الذي حدد لدفع الثمن ، ولم يحصل عليه .

وانطلاقا من هذا المفهوم الذي أتت به المادة 392 من نفس القانون ، يتجلى لنا أن للبائع الحق في فسخ العقد في بيع العروض والمنقولات ، اذا ما توافرت بعض الشروط القانونية التي يمكن تحديدها على النحو التالي :

---

(1) يقابل هذا النص نص المادة 461 من القانون المدني المصري .

الشرط الأول : يجب لكي يطبق هذا النص تطبيقا صحيحا ، أن يكون العقد المراد فسخه من عقود البيع(1) التي يكون محلها ، إما عروضا أو منقولات .

ويترتب على هذا الشرط أن عقود البيع التي لا تقع على عروض أو منقولات ، تخرج عن هذا النطاق ومن ثم لا تطبق عليها هذه المادة بقواعدها الخاصة ، وانما تخضع ، عند الاخلال بأي التزام من الالتزامات المترتبة عنها ، الى القواعد العامة السابق بيانها .

الشرط الثاني : يجب أن يكون البيع قد تضمن اتفاقا يقضي بتحديد ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، فاذا خلا العقد من هذا الاتفاق ، ولو كان العقد من عقود بيع العروض وغيرها من المنقولات فلا يجوز للبائع فسخ العقد طبقا لنص المادة 392 .

ويترتب على هذا الشرط أنه اذا وقع اخلال بالتزام من الالتزامات التي تنشأ عن هذا العقد فما على المتعاقد الدائن الا أن يتبع لفسخ العقد قواعد الفسخ القضائي (2) ، وفي هذه الحالة ننظر الى المدين المقصر لا للمشترى ، لأن هذا الأخير هو نفسه الذي يعتبر دائنا في مواجهة البائع ، مما يحق له طلب الفسخ اذا لم يحصل على المبيع .

الشرط الثالث : يجب ألا يقوم المشترى بدفع الثمن في الميعاد المحدد في العقد ، حتى يكون للبائع المبرر القانوني الذي يجيز له فسخ العقد بارادته المنفردة لأن القول بغير ذلك يتنافى مع الغرض الذي وجد الفسخ من أجله في جميع صوره وأنواعه .

ويترتب على هذا الشرط ، أنه اذا حدث في الحياة العملية أن قام المشترى بدفع الثمن في الميعاد المحدد ، ولكنه لم يحصل على المبيع فانه لا يستطيع أن يفسخ العقد بارادته المنفردة طبقا لنص المادة 392 ، لأن النص صريح في أنه قصر حق الفسخ في مجال بيع العروض والمنقولات على البائع دون المشترى(3) .

---

(1) أنظر في هذا الصدد : مصطفى محمد الجمال ، وجلال علي العدوى ، أصول الالتزامات ، المرجع السابق ص 294 .

(2) أنظر في ذلك : الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ص 446 . وان كان يرى أن تحقق شروط المادة 461 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 392 يؤدي الى الانفساخ ، وهو قول غير صحيح كما سوف نرى بعد قليل .

(3) أنظر في ذلك : مصطفى محمد الجمال وجلال علي العدوى ، أصول الالتزامات ، المرجع السابق ص 295 . الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ، ص 446 فقرة 345 .

غير أنه اذا لم يكن للمشترى الحق في فسخ العقد وفقا للمادة 392 فان ذلك لا يعني سد الطريق في وجهه من جميع أنواع الفسخ ، بل يجوز له أن يتخذ طريق الفسخ القضائي سبيلا لحل الرابطة التعاقدية ليتحلل من التزاماته في مواجهة البائع.

وهكذا نجد أنفسنا هنا أمام وضع يختلف عما رأيناه من قبل ، اذ الفسخ وفقا لحكم النص السالف ذكره يقتصر تطبيقه على البائع دون المشترى .

الشرط الرابع : يجب أن يختار البائع فسخ العقد (1) بدلا من الاستمرار في التمسك بالمطالبة بالتنفيذ .

ويترتب على هذا الشرط أن عدم دفع الثمن في الميعاد المحدد في العقد لا يكفي وحده لفسخ العقد ، وبالتالي لحل الرابطة التعاقدية ، بل لا بد من أن يرى البائع ذلك ، فالفسخ هنا يقترب من هذه الزاوية من الفسخ الاتفاقي الذى سبق بيانه ، ولكنه يختلف عنه من زوايا أخرى كما سوف نرى في موضعه .

وقد يعترض علينا بأن الشرط السابق الذكر ، لم يذكره المشرع الجزائرى في نص المادة 392 صراحة كما فعل المشرع المصرى في المادة 461 التي تقول : (... يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك ...) ، وهي المادة التي نقل عنها مشرعنا هذا الحكم .

غير أنه يمكن الرد على ذلك ، بأن المشرع الجزائرى قد أخذ به وان كان قد استعمل في صياغة المادة عبارتين مختلفتين في المعنى (عبارة وجوبا) وهي تعني حتمية الفسخ ، و(عبارة لصالح البائع) وهي تفيد ، اذا رأى البائع أن في ذلك مصلحة له .

وعليه فان شرط اختيار البائع فسخ العقد لا ينبغي الاستغناء عنه ، فهو يستخلص من مضمون النص ، فضلا عن أن عبارة (في صالح البائع) الواردة فيه لا يكون لها معنى منطقي الا بهذا التفسير الذى يعطي فيه للبائع الخيار بين الفسخ أو المطالبة بالتنفيذ .

---

(1) مصطفى محمد الجمال وجلال علي العدوى ، المرجع السابق ، ص 295 .

الشرط الخامس : يجب ألا يكون هناك اتفاق على خلاف ذلك ، وهذا يعني أنه اذا تضمن عقد بيع العروض أو المنقولات اتفاقا يخالف هذا المعنى ، فان الاتفاق هو الذى يعمل به نزولا عند مبدأ سلطان الارادة .

هذا هو فسخ العقد طبقا للمادة 392 ، وما تضمنته من شروط متى توافرت جاز للبائع في عقود بيع العروض ، وغيرها من المنقولات فسخ العقد بارادته المنفردة ، دون أن يتخذ في سبيل ذلك أى اجراء آخر. (1)

وبعد أن حددنا مفهومه وشروطه ، ينبغي معرفة الجوانب التي يختلف فيها من بقية أنواع الفسخ السابق دراستها ، وذلك على النحو الآتي :

* * *

المطلب الثاني

اختلاف فسخ العقد طبقا للمادة 392 عن بقية الأنواع الأخرى

لا يختلف الفسخ الذى نحن بصدده من حيث الغرض عما تهدف اليه جميع أنواع الفسخ الأخرى ، بل الهدف واحد فيها جميعا ، وهو التحلل من الالتزامات بالنسبة الى أحد أطراف العقد ، لأن ذلك هو جوهر الموضوع كله ، ولا خلاف في ذلك مهما اختلفت الوسائل التي تؤدى اليه ، وانما الاختلاف الذى يظهر هنا انما هو في الكيفية والاجراءات التي يفرضها القانون للوصول الى حل الرابطة التعاقدية ، وفي من يكون لصالحه الفسخ طبقا للمواد 119 ، 120 ، 121 ، 392 .

وبناء على ذلك فاننا نحاول ابراز الاختلافات الموجودة بين هذا النوع من الفسخ وبين بقية الأنواع السالفة الذكر على الترتيب الذى اتبعه المشرع في ترتيبه للصور ، والذى لم نحد عنه خلال دراسة أنواع الفسخ .

أولا ـ بالنسبة الى الفسخ القضائي :

فاذا ألحقنا الفسخ الذى يقع طبقا للمادة 392 بالفسخ القضائي المنصوص عليه في المادة 119 ، فلا يمكن اعتباره تطبيقا من تطبيقاته ، لأنه لكي يكون كذلك ، يجب لايقاعه اتباع اجراءات معينة أهمها رفع دعوى الفسخ من طرف الدائن ، وصدور

---

(1) أنظر : الدكتور محمد عرفه ، التقنين المدني المصرى ، شرح مقارن مع النصوص ، الطبعة الثانية 1955 ، ص 334.

حكم قضائي من القاضي حتى يمكن القول بحل الرابطة التعاقدية . وهو ما لا يتوافر في فسخ العقد من طرف البائع في بيع العروض والمنقولات ، اذ هو يقع دون هذه الاجراءات .

ثم ان في الفسخ عن طريق القضاء ، للقاضي سلطة تقديرية واسعة بحيث يجوز له رفض الفسخ (1) ، بينما فسخ العقد وفقا لحكم نص المادة 392 لا يجوز فيه ذلك بالنظر الى أن المشرع قصر الحق في الفسخ على البائع دون المشتري من جهة ، وأعطى أهمية للأجل في حد ذاته أكثر من عدم الالتزامات ، كما هو الشأن بالنسبة الى الفسخ القضائي .

وبناء على ما تقدم ، فان هذا النوع من الفسخ ليس هو الفسخ القضائي ، ولا يشترك معه من ناحية كيفية ايقاعه في شيء .

ثانيا — بالنسبة الى الفسخ الاتفاقي :

واذا كان الفسخ الاتفاقي يقترب من فسخ العقد وفقا لحكم المادة 392 ، كما رأينا من قبل ، فان هذا لا يعني أن فسخ عقد بيع العروض والمنقولات هو الفسخ الاتفاقي الذي عرفناه طبقا للمادة 120 ، ذلك أن هذا الأخير قد يكون لصالح البائع ، وقد يكون لصالح المشتري ، فلا فرق بين عاقد وآخر ، الا عندما يكون أحدهما دائنا والآخر مدينا ، فيكون لصالح الأول دون الثاني ، ولا فرق أيضا فيه بين فئة من العقود وأخرى في مجال العقود الملزمة للجانبين ، فجميع هذه العقود محل له (2) ، بينما الفسخ طبقا للمادة 392 مقصور على البائع دون المشتري ، وهو قاصر على عقود بيع العروض والمنقولات وحدها ، ثم ان الاعذار لا يشترط في هذا الفسخ ، بينما هو مشترط في الفسخ الاتفاقي ، ولا يجوز حتى الاتفاق على الاعفاء منه ، طبقا للقانون المدني الجزائري الذي انفرد بهذا الحكم عن بقية التشريعات الأخرى كما أوضحنا ذلك سابقا .

وبناء على ذلك فان هذا النوع من الفسخ ليس هو الفسخ الاتفاقي المعروف في المادة 120 .

---

(1) راجع ماسبق بيانه بصدد الكلام عن سلطة القاضي في مجال الفسخ القضائي .
(2) قارن بين المادتين : 120 المتعلقة بالفسخ الاتفاقي ، والمادة 392 المتعلقة بفسخ العقد من طرف البائع ، اذ تجد الأولى عامة بينما الثانية خاصة بعقود معينة .

ثالثا ـ بالنسبة الى الانفساخ :

وأخيرا لا يصح اعتبار الفسخ الذى يقع بحكم المادة 392 انفساخا للعقد بحكم القانون وفقا للمادة 121 ، لأنه ، لكي يكون كذلك ، يجب أن يكون التزام المشترى مستحيل التنفيذ بسبب تدخل عوامل خارجة عن ارادته تتمثل في السبب الأجنبي ، في حين أن الاستحالة في فسخ بيع العروض والمنقولات ليست مشترطة ، ولم يشر اليها النص على الاطلاق. (1)

يضاف الى ذلك أن انفساخ العقد نتيجة الاستحالة يقتضي نفي حق الدائن في الخيار بين طلب التنفيذ وفسخ العقد ، مادام تنفيذ الالتزام قد صار مستحيلا استحالة تامة . بينما حلول الميعاد لدفع الثمن لا يعني اذا لم يقم المشترى بدفعه ، أن الدفع بعد ذلك قد صار مستحيلا ، ومن ثم ، فمن حق البائع أن يطالب بالتنفيذ دون فسخ العقد ، وليس في ذلك تناقض مع المنطق القانوني مادام التنفيذ ليس مستحيلا بل هو ممكن .

ولذلك فان فسخ البائع لعقد بيع العروض والمنقولات لا يمكن أن يكون انفساخا للعقد كما يرى بعض الفقهاء. (2)

ولما كان فسخ بيع العروض وغيرها من المنقولات لا يندرج تحت قاعدة من القواعد العامة التي تضمنتها المواد 119 ، 120 ، 121 ، فانه يحق لنا القول بأن هناك نوعا رابعا لفسخ العقد يضاف الى الأنواع الأخرى ، يمكن تسميته ، الفسخ بارادة البائع بناء على نص قانوني .

واذا كان المشرع الجزائرى قد خرج في هذا النوع الأخير من الفسخ عن القواعد العامة التي جاءت بها المواد 119 ، 120 ، 121 ، وهي المواد الأساسية لقيام نظرية فسخ العقد ، فان هذا الخروج له ما يبرره ، وخاصة من الناحية العملية ، اذ أن العقود التي تتضمن بيع العروض والمنقولات كثيرا ما يتعرض فيها المبيع الى التلف والى تغير الأسعار في السوق بين الحين والآخر.

---

(1) قارن بين حكم المادة 121 المتعلقة بالانفساخ ، وحكم المادة 392 اذ تجد الأولى تشترط الاستحالة في حين أن الثانية لا تشترطها .

(2) أنظر: الدكتور ابراهيم أبو النجا ، فسخ العقد في القانون الجزائرى ، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير ، السنة الدراسية 1982/1983 (غير مطبوعة) .

وقد رأى المشرع أنه ، لكي تتوافر حماية البائع في هذه العقود من تلك الأخطار التي قد يتعرض لها ، ينبغي أن يكون له الحق في فسخ العقد بارادته المنفردة بمجرد تخلف المشترى من دفع الثمن في الميعاد المحدد في العقد ، حتى يستطيع بعد ذلك أن يتصرف في المبيع مرة أخرى دون مسئولية عليه [1] ، ومن هنا كان هذا النوع من الفسخ حكماً استثنائياً يكون فيه البائع وحده مخيراً بين طلب التنفيذ أو فسخ عقد بيع العروض والمنقولات بارادته المنفردة [2] ، عندما لا يقوم المشترى بدفع الثمن في الأجل المعين كما يقضي به النص السابق ذكره .

ويتجلى لنا مما تقدم ذكره من الوسائل أو الطرق التي تؤدى الى حل العقد ، في مجال نظرية فسخ العقد ، أن حل العقد قد يتحقق عن طريق القضاء ، ويسمى في هذه الحالة فسخاً قضائياً ، وقد يكون عن طريق الاتفاق وبارادة الدائن المنفردة ويسمى فسخاً اتفاقياً ، وقد يكون بحكم القانون ويسمى انفساخاً ، وقد يكون أخيراً بغير هذه الطرق ، بل يكون بارادة البائع المنفردة بناء على نص قانوني ، وهي حالة خاصة كما أسلفنا القول .

واذا كانت كل هذه الطرق على اختلاف أنواعها تؤدى الى نتيجة واحدة وهي انحلال الرابطة التعاقدية ، فما هي الآثار القانونية التي تترتب على زوال العقد وفقاً لهذه الطرق ؟ هذا ما نجيب عليه في الفصل الأخير من هذا البحث على النحو التالي :

* * *

---

(1) أنظر في هذا الصدد : الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ص 446 فقرة 345 . الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص 332 ومابعدها . الدكتور محمد حسنين ، شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ص 135 ومابعدها . الدكتور عبد المنعم البدراوى ، النظرية العامة للالتزام ج 1 المرجع السابق ص 551 فقرة 403 .

(2) أنظر : الدكتور مصطفى أحمد الزرقا ، شرح القانون المدني السورى ، العقود المسماة ، عقد البيع ، والمقايضة ، الطبعة السادسة ، دمشق 1965 ص 237 .

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على فسخ العقد

أن أي بناء قانوني لأي نظرية من النظريات القانونية لا يكون مكتملا في مجال العلوم القانونية الا ببيان آثاره وتحديدها .

ولما كانت نظرية فسخ العقد لا تخرج عن هذا النطاق ، فان القانون المدني الجزائري ، على غرار بقية القوانين الأخرى[1] التي أخذت بهذه النظرية ، قد نظم الآثار المترتبة على فسخ العقد ، تكملة للبناء القانوني الذي يحكم النظرية ككل ، في جميع صورها ، وتطبيقاتها المتعددة هنا وهناك .

وفي هذا المجال تنص المادة 122 منه على أنه : (اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها من قبل التعاقد ، فاذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض) .

يستفاد من مضمون هذا النص ، وما سبقت دراسته بصفة عامة ، أن العقد اذا ما تحقق فسخه بأي طريقة من الطرق السابقة الذكر انتهى وجوده القانوني بالنسبة الى المستقبل ، وتزول آثاره بالنسبة الى الماضي[2] بأثر رجعي[3] .

---

(1) راجع المادة 160 مدني مصرى ، 161 مدني سورى ، 162 مدني ليبي ، 145 مدني سوداني ، 175 تجارى كويتي .

(2) الدكتور عبد الحي حجازى ، عقد المدة المرجع السابق صفحة 189 .

(3) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 709 فقرة 477 ، الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 294 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 416 فقرة 220 . الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ص 454 فقرة 351 . الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ص 175 فقرة 145 .

ونظرا لخطورة هذا الأثر الذى يرتبه الفسخ تنبغي دراسته أولا ، بالنسبة الى الدائن والمدين باعتبارهما طرفي العقد المفسوخ ، وثانيا ، بالنسبة الى الغير الذى ليس طرفا في العقد ، وذلك على النحو التالي :

* * *

المبحث الأول

أثر فسخ العقد على المتعاقدين

المطلب الأول

القاعدة العامة هي زوال العقد بأثر رجعي

يترتب على فسخ العقد كقاعدة عامة ، وفقا للشروط والاجراءات القانونية السابقة البيان ، انحلال العقد ومحو آثاره بأثر رجعي ، وبالتالي زوال الالتزامات التي كانت قد نشأت عنه قبل ذلك ، فيصير العقد بعد ايقاع الفسخ ، لا وجود له من الناحية القانونية بالنسبة الى المتعاقدين ويعاد كل منهما الى ما كان عليه قبل التعاقد لأن العلاقة التعاقدية لم يعد لها وجود يستند اليه الدائن أو المدين ، بل زالت هذه العلاقة كنتيجة حتمية من نتائج فسخ العقد .

ولما كانت القاعدة العامة المترتبة على فسخ العقد هي محو آثاره في الماضي واعادة المتعاقدين الى الوضع الذى كانا عليه من قبل فانه يجب على كل من الدائن والمدين أن يخضع لأحكام هذه القاعدة التي يترتب عليها ما يلي :

أولا — بالنسبة الى الدائن

لا صعوبة في تطبيق هذه القاعدة حين لا يكون الدائن قد تلقى شيئا من المدين ، اذ أن مجرد ايقاع الفسخ ، بأية طريقة من الطرق السالفة الذكر ، يجعله متحللا من التزاماته التعاقدية التي كانت على عاتقه نحو الطرف الآخر ، ومن ثم فلا يرد الدائن للمدين شيئا ولا يسترد منه شيئا .

غير أن الأوضاع التي تحدث في الميدان العملي ليست دائما على هذا النحو من السهولة ، فقد يكون الدائن قد تلقى بعض الأداءات من المدين كتنفيذ جزئي

للعقد قبل فسخه ، وفي هذه الحالة ، بما أن العقد يعتبر قد زال بأثر رجعي نتيجة فسخه ، يجب عليه رد ما تلقاه من المدين ، لأن المبرر القانوني الذى كان يسوغ له الاحتفاظ به ، قد انتفى ، وبالتالي فلا يجوز له أن يحتفظ به والا كان حكمه حكم من قبض غير مستحق .

وللدائن في نفس الوقت الذى هو مطالب فيه برد ما قبضه من المدين ، أن يسترد ما كان قد قدمه لمدينه كتنفيذ للعقد قبل فسخه ، لأنه كما أوجب عليه القانون رد ما أخذه ، أعطاه الحق من جهة أخرى في استرداد الأداء الذى كان قد قدمه ، تطبيقا لقاعدة فسخ العقد واعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه من قبل وفقا لمقتضى نص المادة 122 من القانون المدني الجزائرى المتعلقة بالأثر الرجعي لفسخ العقد . (1)

وقد يحدث في الحياة العملية أن يفسخ العقد ، ويسترد المتعاقد الدائن ما كان قد قدمه لمدينه من أداء ، ومع ذلك يلحق به ضرر من جراء فسخ العقد ، وفي هذه الحالة يحق للدائن وحده أن يطالب الى جانب الفسخ بتعويض اضافي (تكميلي) لأن حل الرابطة التعاقدية عن طريق الفسخ ، في بعض الحالات ، لا يكفي لازالة الأضرار التي تكون قد لحقت بالدائن والناجمة عن عدم التنفيذ ، كما لو كان العقد المفسوخ من عقود البيع وتغيرت أسعار المبيع في السوق فانخفض ثمنها خلال الفترة التي بقي فيها المبيع بيد المدين ، فيجب على هذا الأخير دفع الفرق . (2)

ولقد نصت المادة 119 من القانون المدني الجزائرى المتعلقة بالفسخ القضائي في فقرتها الأولى صراحة على التعويض الى جانب الفسخ اذ قالت: (في العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك) ، مما يدل على أن الفسخ وحده في بعض الحالات ليس

---

(1) الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج 1 المرجع السابق ص 445 فقرة 351 .
الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 175 فقرة 145 .
(2) الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 384 فقرة 169 .

كافيا لمحو ما يخلفه عدم التنفيذ الراجع الى المدين من أضرار فوجب عليه التعويض .

وينبغي القول في هذا الصدد ، بأن التعويض الذي من حق الدائن الحصول عليه الى جانب حقه في التحلل من التزاماته لنتيجة فسخ العقد ، لا يقوم على أساس المسئولية العقدية ، كما يرى بعض الفقهاء[1] ، وانما يقوم على أساس المسئولية التقصيرية[2] ، ذلك أن فسخ العقد كما قلنا في عدة مناسبات سابقة ، يزيل العقد ، ليس فحسب من تاريخ ايقاع الفسخ ، بل يمتد أثره الى تاريخ ابرامه ، ويترتب على ذلك أنه لا يصح القول بتأسيس المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية ، لأن العقد في حالة فسخه يكون قد زال بأثر رجعي يستند الى يوم ابرامه ، وبذلك يعتبر كأنه لم يكن قد أبرم .

وهكذا يبدو جليا أن المتعاقد الدائن الذي له الحق في استرداد ما قدّمه للمدين ، قد يحصل الى جانب ذلك على تعويض وبالتالي يكون قد جمع بين فسخ العقد والتعويض ، وهو أمر سائغ من الناحية القانونية ، وخاصة عندما يكون عدم التنفيذ قد تسبب فيه المدين ، اذ يستطيع القاضي في مثل هذه الحالة أن يحكم بفسخ العقد والتعويض في آن واحد[3] ، كما هو الشأن بالنسبة الى الجمع بين التعويض والمطالبة بالتنفيذ ، ذلك لأن المادة 119 من القانون المدني الجزائري قد شملت الحالتين معا اذ تقول (. . . مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك) .

---

(1) الدكتور جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ص 403 هامش رقم 1 .

(2) أنظر في ذلك : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 ص 717 فقرة 478 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 417 فقرة 220 . الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص 334 فقرة 169 . الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد ، المرجع السابق ص 596 فقرة 333 . الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ص 175 فقرة 145 .

(3) أنظر في هذا الصدد : الدكتور محمد لبيب شنب ، مقاله الجحود المبتسر ، منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، المرجع السابق ، العدد الأول ، السنة الثالثة 1961 ص 161 ومابعدها فقرة 75 .

غير أنه يلاحظ بأن التعويض الذى يحصل عليه الدائن في حالة الفسخ يكون على أساس المسئولية التقصيرية ، بينما يكون في حالة المطالبة بالتنفيذ على أساس المسئولية العقدية وذلك طبقا لقاعدة أن المتعاقد غير المخطئ يجب ألا يضار من التنفيذ المتأخر .

ويترتب على الفسخ الى جانب حق الدائن في استرداد ما قدمه الى المدين ، أن يكون له الحق في ألا يزاحمه الدائنون الآخرون فيما استعاده ، ذلك أن الفسخ يخوّل للدائن مركزا ممتازا ، على خلاف المطالبة بالتنفيذ التي يخضع فيها لقسمة الغرماء كبقية الدائنين الآخرين .

وللدائن أيضا بعد فسخ العقد واعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه ، الحق في حبس الأداء الذى يكون قد قدّمه له المدين الى أن يحصل على حقه منه .

ثانيا — بالنسبة الى المدين

ان فسخ العقد وزوال الالتزامات التي يكون قد أنشأها بأثر رجعي يجعل المدين أيضا مطالبا برد ما أخذه من المتعاقد الدائن على النحو الذى بيناه بالنسبة الى الدائن .

ويترتب على ذلك أنه اذا كان العقد الذى فسخ هو عقد من عقود البيع ، وكان المدين فيه هو المشترى ، فانه بعد فسخه يطالب المشترى برد المبيع وما حصل عليه من ثمار سواء كانت هذه الثمار طبيعية ، أو صناعية ، أو مدنية (1) ، ذلك أن هذه الثمار تعتبر ملكا للبائع شأنها في ذلك شأن المبيع نفسه .

واذا كان التعويض عن الاضرار بسبب الفسخ هو حق للدائن فهو واجب في نفس الوقت على المدين ، يجب عليه دفعه لجبر الضرر الذى تسبب في وقوعه بعدم تنفيذه للالتزامات المترتبة على العقد .

واذا كان القانون يجيز للدائن كما رأينا الجمع بين الفسخ والتعويض في بعض الحالات ، فان هذه حالة خاصة بالنسبة الى الدائن وحده (2) ، ومن ثم فـ اذا

(1) أنظر : الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ص 445 ومابعدها .

(2) قرب الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج 1 المرجع السابق ص 456 فقرة 351 .

ألحق الفسخ ضررا بالمدين فلا يجوز له أن يطالب بالتعويض على غرار ما يجرى به العمل بالنسبة الى الدائن ، بل يجب عليه أن يتحمل وزر تقصيره ، والقول بغير ذلك ينافي المنطق القانوني ويشجع كل مدين على عدم التنفيذ وهو أمر يرفضه القانون بصفة عامة .

غير أن ذلك لا يمنع المدين كما أسلفنا القول من المطالبة باسترداد ما قدمه للدائن ، وفوق ذلك فاذا كان العقد الذى فسخ من عقود البيع ، وكان المدين فيه هو المشترى ، فان من حقه أن يسترد الثمن ، والمصروفات التي أنفقها في سبيل ادخال تحسينات نافعة على المبيع ، وكذلك الأمر بالنسبة الى النفقات التي يكون قد أنفقها ، للمحافظة على المبيع ، أى المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة وفقا للقواعد التي تقضي بها المادتان 784 و 785 من القانون المدني الجزائرى ، الخاصتين بالالتصاق .

ويترتب أيضا على فسخ العقد واعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه قبل التعاقد ، أن للمدين أن يجرى المقاصة مع الدائن (1) حين يكون ما يجب عليه رده وما يحق له استرداده نقودا ، والعلة من جواز المقاصة في مجال الفسخ هي عدم اجباره على دفع ما بذمته ثم سعيه من جهة أخرى الى الحصول على حقه من المتعاقد الآخر ، ولذلك يحسن اختصار الطريق بهذه العملية القانونية التي تفيد الطرفين معا دون أى شك .

غير أنه يلاحظ أن اجراء المقاصة لا يجوز الأخذ به في الحالات التي يكون فيها ما في حوزة المدين من الأشياء ، وما في حوزة الدائن نقودا ، والعكس صحيح لأن قواعد نظام المقاصة تقضي بأن يكون الدينان المتقابلان نقدا في الجانبين . (2)

هذه هي الآثار التي يرتبها الفسخ بالنسبة الى المتعاقدين ، بحيث نجد فيها كلا من الدائن والمدين مطالبا باسترداد ما حصل عليه من الجانب الآخر حتى تتحقق

---

(1) أنظر : الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 ، المرجع السابق ، ص 457 فقرة 353 .

(2) أنظر : الدكتور أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، المرجع السابق ، ص 407 فقرة 524 .

اعادتهما الى الوضع الذى كانا عليه قبل ابرام العقد ، ولكن ما هو الحكم اذا استحالت اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها من قبل ؟ هذا مانجيب عنه فيما يلي :

* * *

المطلب الثاني

حكم استحالة اعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه من قبل

قد يتحقق الفسخ ، ويزول العقد بأثر رجعي ، الا أن اعادة المتعاقدين الى الوضع الذى كانا عليه قبل التعاقد يستحيل تحقيقها من الناحية العملية ، كما لو هلك المبيع في يد المشترى ثم وقع الفسخ لصالح البائع .(1)

ففي مثل هذه الحالة وعلى الرغم من انحلال الرابطة التعاقدية من الناحية القانونية ، لا يمكن القول باعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، ومن ثم لا يستطيع الدائن الحصول على الأداء الذى يكون قد قدمه المدين قبل فسخ العقد ، أو المدين الحصول على ما كان قد قدمه للدائن .

وأمام هذا الوضع الذى يقف حائلا في وجه الدائن أو المدين عندما يطالب باسترداد ما قدمه ، نظم المشرع الجزائرى ، على غرار القوانين العربية الأخرى ، قاعدة تعتبر استثناء من القاعدة العامة ، أجاز فيها للقضاء الحكم بالتعويض عندما تتعذر اعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه من قبل ، فنص في المادة 122 السابقة الذكر على أنه (اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض) .

ويترتب على هذا النص أنه اذا تمّ الفسخ ولم يستطع المدين رد الأداء الذى قبضه من الدائن عينا يتعين عليه أن يرد بدلا منه تعويضا عادلا .(2)

---

(1) أنظر : الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد ، المرجع السابق ص 595 فقرة 583 .

(2) أنظر في ذلك : الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 294 . الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد ، المرجع السابق ص 595 فقرة 232 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 416 ، فقرة 220 . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 355 فقرة 216 . والدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ص 175 فقرة 145 .

غير أنه ينبغي عدم الخلط بين هذا الحكم الأخير الذي قضت به المادة 122 في عبارتها الأخيرة التي تقول (فاذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض)، وبين الحكم الذي قضت به المادة 119 من نفس القانون والذي أجازت فيه أيضا التعويض لصالح الدائن ، اذ أن التعويض وفقا للمادة 119 يجوز للقاضي الحكم به في جميع الحالات التي يرى فيها أن التعويض ضروري لجبر الضرر ، بصرف النظر عن استحالة الرد أو عدم استحالته .

وبناء على ما تقدم فان التعويض الذي يجوز الحكم به في مجال نظرية فسخ العقد قد يكون نتيجة استحالة اعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه من قبل كما سبق بيانه وفقا للمادة 122 ، وقد يكون نتيجة وقوع الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ الذي أدى الى فسخ العقد وفقا للمادة 119 مما يترتب عليه أن التعويض في الحالة الأولى قاصر على الحالات التي يستحيل فيها اعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه قبل التعاقد ، في حين أنه يجوز الحكم به في الحالة الثانية حتى لو استطاع الدائن أن يسترد ما قدمه للمدين عينا .

واذا كانت القاعدة العامة التي يرتبها الفسخ بالنسبة الى المتعاقدين هي زوال العقد وما نشأ عنه من التزامات تعاقدية بأثر رجعي ، مما يستلزم اعادة المتعاقدين الى الوضع الذي كانا عليه ، وبالتالي رد كل من الدائن والمدين لما حصل عليه من الطرف الآخر وعند تعذر الرد جواز الحكم بالتعويض ، اذا كانت هذه القاعدة لا خلاف فيها عندما يكون العقد من العقود الفورية ، فهل يصدق نفس الحكم حين يكون العقد الذي فسخ من عقود المدة ؟ هذا ما نجيب عليه فيما يلي :

* * *

المطلب الثالث
حكم الأثر الرجعي للفسخ في عقد المدة

من المعروف أن نظرية فسخ العقد تشمل جميع العقود الملزمة للجانبين ، وقد تكون هذه العقود فورية التنفيذ ، كما هي الحال بالنسبة الى عقد البيع ، وقد تكون مستمرة التنفيذ ، كما هو الشأن بالنسبة الى عقد الايجار ، وقد يرد الفسخ على الأولى ، وقد يرد على الثانية مادامت جميعا من العقود الملزمة للجانبين .

واذا كان الفقه قد اتفق مجتمعا على صلاحية هذه العقود جميعا لتطبيق نظرية الفسخ ، فانه قد اختلف من ناحية الأثر الرجعي ، ويمكن ارجاع هـ... ذا الخلاف الى رأيين هما :

الرأي الأول :

يرى جمهور الفقهاء [1] أن الفسخ عندما يرد على عقود المدة لا يسري بأثر رجعي ، وبالتالي لا تزول الالتزامات الناشئة عنه في الماضي ، وانما يكون أثـ...ره قاصرا على انهاء العلاقة التعاقدية بالنسبة الى المستقبل .

ولقد ذهب جمهور الفقهاء في هذا المجال مذاهب مختلفة لتبرير عـ...دم رجعية أثر الفسخ الى الماضي عندما يتعلق الأمر بعقود المدة . [2]

(1) الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 المرجع السابق ص456 فقرة 352 . الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج 1 المرجع السابق ص712 فقرة 478 . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 356 . الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص 294 . الدكتور وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص 309 فقرة 527 . الدكتور عبد الحي حجازي ، عقد المدة ، رسالة دكتوراه القاهرة سنة 1950 ص 93 ومابعدها . لبلنييه ، المرجع السابق ص 342 .

(2) لقد اختلفت الآراء في تبرير عدم رجعية الفسخ في عقود المدة ، فقد ذهب البعض الى أن هناك استحالة تمنع من رد الأشياء الى أصلها ، وذهب البعض الآخر الى أن عدم تطبيق رجعية الفسخ هو نزول عند ارادة المتعاقدين ، وقال آخرون بأن عقود المدة يطبق عليها الشرط المنهي وبالتالي فهو لا يكون الا بالنسبـ...ـة للمستقبل ، أما مذهب آخر فقد قال ان الالتزامات في عقد المدة متعاقبة ومن ثم فان فسخ البعض منها لا يؤثر على البعض الآخر الذي لم ينفذ بعد .
وقد ذهب فريق آخر الى أن عقد المدة تتولد عنه عدة أداءات مستقل بعضها عن البعض الآخر ، ومن ثم فلا تتأثر احداها بالأخرى عند فسخ العقد ، أما الرأي الأخير فقد جعل عدم رجعية أثر الفسخ راجعـ... الى طبيعة العقد د...ـي حد ذاته .

أنظر هذه الآراء تفصيلا في رسالة الدكتور عبد الحي حجازي ، السابـ...ق ذكرها ، من ص 134 الى ص 204 ، اذ تجدها رغم اتحادها في الغايـ...ـة تختلف كل الاختلاف في التبرير والسند الذي اعتمدت عليه .

الـرأى الثـانـي :

يرى فريق آخر من الفقه أن الأثر الرجعي الذي يرتبه الفسخ واحد في جميع الحالات ويجب العمل به في جميع العقود دون تمييز بين عقود المدة والعقود الفورية. (1)

وعلى الرغم من أن أغلبية الفقه ، كما قلنا من قبل ، تقصر الأثر الرجعي للفسخ على العقود الفورية دون عقود المدة ، فاننا مع الرأى الآخر الذى يجعل الأثر الرجعي يشمل جميع الحالات التي يقع فيها فسخ العقد دون تمييز بين عقد وآخر، وذلك للأسباب التالية :

أولا — لأن النصوص القانونية المنظمة لنظرية الفسخ العامة ، سواء في القانون المدني الجزائرى أو في القوانين الأخرى ، قد جاءت قاطعة في الدلالة على أن الفسخ يزيل العقد بأثر رجعي ، دون أن تستثني فئة معينة من العقود ، (اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد) (المادة 122).

ومادام الأمر على هذا النحو من اطلاق النصوص القانونية في مجال الأثـــر الرجعي للفسخ ، فلا يعقل أن نخصص من عمومها دون وجود مخصص ، وأن نقيد الأثر الرجعي دون مبرر قانوني ، اذ نكون قد خالفنا المشرع الذى أطلق النص ولم يقيده بأى مخصص ، وهذا أمر مفروغ منه ويعترف به حتى أنصار الرأى الأول ، اذ يقول أحدهم صراحة بأن موقف التشريعات الوضعية ليس في جانبنا . (2)

ثانيا — نحن لا ننكر صعوبة ، بل أستحالة رد المتعاقدين الى ما كانا عليه قبل التعاقد في حالة فسخ عقد المدة ، غير أن المشرع نفسه قد تعرض لها ووضع حلا في نفس المادة المنظمة لآثار الفسخ السابق ذكرها ، فأجاز الحكم بالتعويض عند استحالة رد الطرفين الى الوضع الذى كانا عليه قبل ابرام العقد ، ولم يفرق فـــي

---

(1) أنظر في ذلك ، الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 416 — 419.

وأنظر أيضا : مارتي ورينو : Droit civil, tome II, volume 1 , les obligations, Paris 1962, p. 267 N 303.

وكولان وكابيتان ، المرجع السابق ، ص 574 فقرة 1030.

(2) أنظر : الدكتور عبد الحي حجازى ، عقد المدة رسالة دكتوراه ، المرجع السابق ص 199.

هذا المجال أيضا بين استحالة الرد التي قد تقع في العقود الفورية والتي تقع في عقود المدة . (1)

وما دامت المادة 122 من القانون المدني الجزائري تعالج الحالة التي يستحيل فيها الرد ، وتقضي بالتعويض ، فلا يحق أن نقصرها على الاستحالة التي تقع في العقود الفورية وحدها ، لأن النص قد جاء مطلقا ودون تحديد لاستحالة معينة أو لفئة من العقود دون فئة أخرى .

وعليه فان فسخ عقد المدة تطبق عليه نفس الآثار التي يرتبها الفسخ وفقا للمادة 122 ، وما دامت عقود المدة لا يمكن فيها اعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه من قبل ، لأن الزمن عنصر جوهري في العقد ولا يمكن اعادته الى الوراء ، فانما نطبق الفقرة الأخيرة من المادة 122 التي تجيز للمحكمة الحكم بالتعويض في حالة وقوع الاستحالة ، ما دام النص الذي يحكم آثار فسخ العقد واحدا .

ثالثا — ولأن الأثر الرجعي في حقيقة الأمر اذا ما نظرنا اليه بصورة واسعة ، نجده ليس قاصرا على نظرية فسخ العقد وحدها ، بل هناك أنظمة قانونية أخرى نجدها ترتبه اذا ما تحققت ، ومع ذلك لا تفرق في شأنه بين عقود المدة والعقود الفورية ، بل يطبق عليها جميعا ، وأفضل مثال على ذلك نظام البطلان الذي يجعل العقد غير موجود بأثر رجعي سواء كان العقد الذي حكم بابطاله من عقود المدة أو كان من العقود الفورية كعقد البيع . (2)

وعليه فليس من الحكمة أن نقصر الأثر الذي يرتبه الفسخ في عقود المدة على المستقبل ، في حين أنه يشمل الماضي والمستقبل اذا ما تعلق الأمر بالأنظمة القانونية الأخرى القريبة منه . (3)

---

(1) قارن ما ذهب اليه الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 413 ، وما ذهب اليه أيضا مازو ، اذ يرى أن في حالة استحالة الرد في عقود المدة يحصل المؤجر على تعويض يكون غالبا مساويا لقيمة الأجرة المستحقة ، المرجع السابق ص 970 فقرة 1103 .

(2) تنص المادة 1/103 من القانون المدني الجزائري على أنه : يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو ابطاله ، فان كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .

(3) أنظر : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 356 هامش 2 اذ يرى غير ذلك .

رابعا — ولأن عدم تطبيق الأثر الرجعي في عقود المدة وقصر أثر الفسخ فيها على المستقبل فقط ، يعني بطريقة غير مباشرة خلط نظام الفسخ بنظام قانوني آخر ، وهو الانهاء بارادة منفردة ، وقد سبق أن قلنا أن بين النظامين فوارق جوهرية[1] ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فاذا سلمنا بعدم رجعية الأثر الرجعي للفسخ في عقود المدة فمعنى ذلك أن وصف الفسخ في هذه العقود يصبح غير سائغ ، مع العلم بأنها من العقود الملزمة للجانبين التي يشملها هذا الوصف الذى يلحق بالعقد بعد ابرامه ابراما صحيحا ، ومن ثم فلا يمكن اخراج هذه الفئة من العقود من مجال تطبيق نظرية الفسخ في جميع أسسها وقواعدها وما ترتبه من آثار قانونية .(2)

وبناء على ذلك ، فان وصف الفسخ الذى يلحق عقود المدة بالانهاء ليس صحيحا في نظرنا ، لأن الانهاء يختلف عن الفسخ ، والصحيح هو أن عقود المدة كبقية ...

(1) راجع ، سابقا المقارنة بين الفسخ والانهاء .

(2) يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية مترددة في مسألة الأثر الرجعي للفسخ من عدمه ، ففي أول الأمر منذ عام 1858 كانت ترفض الأثر الرجعي للفسخ عندما يتعلق الأمر بعقود المدة ويعتبر ذلك استثناء من القواعد العامة التي يقضي بها الفسخ .

غير أنها عادت تبين موقفها الأول في عام 1893 وصرحت صراحة بأن فسخ العقود التبادلية يرتب اعادة الوضع الى الحالة التي كان عليها من قبل .

ثم انها في عام 1938 عادت مرة أخرى الى عدم رجعية الأثر الرجعي للفسخ ، ثم عادة مرة أخرى في أحكامها الحديثة وجعلت المسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي ، فله أن يحكم بفسخ العقد من تاريخ الاخلال ، وله أن يحكم به من تاريخ حضور الخصوم لأول مرة ، أنظر في ذلك حكما بتاريخ 23 فبراير سنة 1956 ، وحكما بتاريخ 26 يرنيو سنة 1967 ، مشار اليهما في الوجيز للدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 417 ، هامش 12 و 13 .

أما محكمة استئناف مصر فقد قضت صراحة باعادة الحالة الى ما كانت عليه في حكم لها صادر بتاريخ 29 يوليو عام 1925 ، أشار اليه الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 419 .

العقود الملزمة للجانبين اذا ما انحلت نتيجة الاخلال بالالتزامات التعاقدية كان ذلك فسخا بمفهومه الواسع بالنسبة الى مفهوم النظرية ككل ، وان كانت استحالة رد المتعاقدين فيها متحققة في جميع الحالات ، وليس في ذلك ما يدعو الى الدهشة لأن الزمن لا يمكن اعادته الى الوراء ، مما يجوز للقاضي الحكم بالتعويض كاستثناء من القاعدة العامة السالفة الذكر تطبيقا للنص الذى يجوز الحكم بالتعويض عند ما تكون الاستحالة متعلقة بالعقود الفورية ، لأن النص واحد ولا يجوز الأخذ به في حالات دون أخرى ، خاصة أنه وارد في باب القواعد العامة لنظرية فسخ العقد .

واذا كان حكم فسخ العقد بالنسبة الى المتعاقدين ، هو اعادة الوضع كقاعدة عامة الى ما كان عليه من قبل ، واذا استحال ، حكم القاضي بالتعويض ، فما هو حكم الفسخ من ناحية آثاره بالنسبة الى الغير ؟ هذا ما نجيب عليه فيما يلي :

* * *

المبحث الثاني

أثر فسخ العقد بالنسبة الى الغير

المطلب الأول

القاعدة العامة هي زوال حقوق الغير

طبقا للقاعدة اللاتينية التي تقول : يترتب على فسخ العقد فسخ ما ترتب عليه للغير : " Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis " .

القاعدة العامة التي تقضي بها النظرية العامة للفسخ هي أن الأثر الرجعي الذى يرتبه فسخ العقد ، لا يقتصر على زوال العقد ، وما نشأ عنه من التزامات بالنسبة الى أطرافه فحسب ، بل يتعدى خطره الى الكافة . (1)

(1) أنظر: الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 419 فقرة 221 . جامبي مولان ، محاولة ابحث الرجعية في نطاق التصرفات القانونية ، بحث منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني السنة 47 جويلية سبتمبر 1948 ص 274 ومابعدها .
Jambu Merlin- Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques revue trimestrielle de droit civil- 47ème année- Juillet septembre 1948, p. 274 et s.

ويترتب على ذلك أن الغير الذى تلقى حقا من أحد المتعاقدين وكان هـذا الحق متصلا بالشيء الذى كان محلا للعقد المفسوخ ، يزول تبعا لزوال حقوق والتزامات المتعاقد الذى تعامل معه نتيجة فسخ العقد .

ولذلك فان الدائن الذى تقرر الفسخ لصالحه ضد مدينه ، يكون طبقا لمنطق نظرية الفسخ ، معفى من الالتزامات التي كانت على عاتقه ، وهذا الاعفاء الناتج عن الفسخ لصالح الدائن يكون في مواجهة المدين والغير معا . (1)

ويترتب على ذلك ، أنه لا يجوز للغير أن يحتج على الدائن بما رتبه العقد من التزامات تعاقدية ، من قبل فسخه ، لأنه كما لا يجوز للغير وفقا للقواعد القانونية العامة ، انكار ميلاد العقد لأول مرة ، فانه من جهة أخرى لا يجوز له انكار انحلاله اذا ما تمّ وفقا لما يتطلبه القانون ، بل يجب التسليم بهذا الانحلال ويكون بالتالي الفسخ حجة على الكافة . (2)

وبناء على هذه القاعدة العامة التي يرتبها فسخ العقد ، فان الحقوق التي تكون على المبيع مثلا لصالح الغير سواء كانت حقوق ارتفاق ، أو انتفاع ، أو أى حق آخر ، تزول بعد فسخ العقد ، بين المتعاقد الدائن والمدين ، ومن ثم فان العين المبيعة تعود خالية من كل الحقوق التي رتبها المدين عليها . (3)

والعلة من هذا الحكم ، أن المدين الذى يكون قد رتب حقوقا لصالح الغير ، يعتبر في نظر القانون ، بعد ايقاع الفسخ ، ليس مالكا للشيء المبيع ، وأنه لم يكن في يوم من الأيام مالكا له ، وبالتالي فان كل ما رتبه من حقوق ، لا يسرى في مواجهة المتعاقد الدائن باعتباره هو المالك الأصلي للمبيع ، ما لم يقر البيع وفقا لقواعد بيع ملك الغير .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ص 560 فقرة 382 .

(2) أنظر : الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج 1 المرجع السابق ، ص 333 فقرة 292 .

(3) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ، ج 1 المرجع السابق ، ص 712 فقرة 479 .

غير أنه ، لكي تكون هذه القاعدة واجبة النفاذ وسارية المفعول من الناحية القانونية في مواجهة الغير في مجال الفسخ ، يجب على المتعاقد الدائن الذى تقرر الفسخ لصالحه أن يبادر بمجرد ايقاع الفسخ الى تسجيل دعوى الفسخ ، أو أن يؤشر بها وفقا لقواعد الشهر العقارى[1] حتى لا يستطيع الغير أن يدعي في مواجهته أنه حسن النية ، ولا يعلم ما يتهدد العقد من أسباب الزوال .

واذا كان الفسخ يؤدى الى زوال العقد وتبعا لذلك ما نتج عنه من التزامات وحقوق ، بأثر رجعي سواء بالنسبة الى المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير[2] ، وفقا للقاعدة العامة ، وهو الغرض الذى قامت من أجله نظرية الفسخ في جميع صورها وتطبيقاتها ، حماية للمتعاقد الدائن وتقوية لمركزه القانوني في مواجهة المدين الذى لم ينفذ ما عليه من التزامات تعاقدية ، فان هناك بعض قواعد قانونية وبعض اعتبارات منطقية على درجة من الأهمية تعطل تطبيق تلك القاعدة العامة ، بل يجب صرف النظر عنها ، والأخذ بما يخالفها من أجل استقرار المعاملات بين أفراد المجتمع ، وحتى يكون لمبدأ حسن النية أهميته في مجال المعاملات .

وعليه فان فسخ العقد واعتباره كأن لم يكن بالنسبة الى أطرافه والغير معا ، وفقا للقاعدة العامة ، لا يؤثر في حالات معينة على حقوق الغير ، وندرس فيما يلي هذه الحالات التي وردت على سبيل الاستثناء .

* * *

المطلب الثاني

الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة بالنسبة الى حقوق الغير

اذا كانت القاعدة العامة التي يرتبها فسخ العقد على النحو السابق هي زوال العقد بأثر رجعي ، سواء في مواجهة المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير ، فان لهذه القاعدة استثناءات معينة لا يجوز فيها العمل بها ، أو بعبارة أخرى يجب عدم الأخذ

---

(1) أنظر : الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 419 فقرة 221 .

(2) أنظر : الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 597 فقرة 334 .

بهذه القاعدة العامة على اطلاقها ، في مواجهة الغير ، لأنه قد يكون من بين الغير من هو جدير بالحماية والرعاية من أثر فسخ العقد الخطير ، وخاصة عندما يكون من تعامل مع المتعاقد الذى فسخ العقد ضده حسن النية ، ولا يعلم ما يتهدد العقد من أسباب الزوال . (1)

ولما كان القانون هو الذى ينظم علاقات الأفراد ومعاملاتهم في المجتمع ، فانه لا يترك مثل هذا الغير حسن النية بدون حماية من خطورة الفسخ ، بل انه يجنبه خطر الفسخ ويضحي في سبيل ذلك بمصلحة من تقرر الفسخ لصالحه ، على حساب منطق نظرية الفسخ في حد ذاتها .

وقد يبدو لأول وهلة أن هذا الحكم فيه اجحاف بالمتعاقد الدائن واهدار لقواعد النظرية في حد ذاتها ، الا أن معرفة الهدف الأسمى الذى يهدف اليه القانون يزيل كل تخوف أو مظنة ، ذلك أن القانون انما وضع هذه الاستثناءات من أجل تحقيق هدف أسمى ومصلحة أعم من مصلحة المتعاقد الدائن ، اذ أنه بحمايته للغير من أثر الفسخ ، يحقق الصالح العام ، ويصون الثقة المشروعة التي تؤدى الى استقرار المعاملات ، ومن هنا يكون الخروج عن القاعدة العامة رغم التعارض الذى يحصل في بعض الأحيان مع مصلحة الدائن الذى تقرر الفسخ لصالحه ، يكون خروجا مبررا من الناحية القانونية ويحقق أهدافا تفوق الأهداف التي ترمي اليها القاعدة العامة السابق ذكرها ، التي تحمي المتعاقد الدائن وحده دون الغير. (2)

وبناء على هذه الاعتبارات ، فان فسخ العقد بين المتعاقدين ليس دائما مؤثرا في حقوق الغير ، بل هناك حالات ، لا يتأثر الغير فيها بالفسخ الذى يقع بين الدائن والمدين ، وهذه الحالات يمكن حصرها فيما يلي :

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 357 .

(2) أنظر : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 358 ومابعدها .

الحالة الأولى : الغير الذي يكسب حقا عينيا على منقول بحسن نية

ان الشخص الذى يتلقى من شخص آخر منقولا معينا بمقتضى عقد صحيح [1]، يكون بمنأى عن أثر الفسخ الذى قد يقع بين من تلقى منه هذا الحق على المنقول والمتعاقد معه .

ويترتب على ذلك ، أنه اذا كان هذا المنقول واجب الرد بالنسبة الى الشخص الذى تعامل مع الغير، لأن العقد الذى تمّ بينه وبين المتعاقد الآخر قد فسخ بأية طريقة من الطرق السابقة الذكر ، فان هذا الفسخ لا يؤثر على حق الغير رغم أن الطريقة التعاقدية لم يعد لها وجود من الناحية القانونية بين الطرفين المتعاقدين والتي لا يعتبر الغير طرفا فيها .

غير أنه لكي يقف القانون الى جانب هذا الغير ويحميه هذه الحماية القانونية التي يترتب عليها أنه ينجو من أثر فسخ العقد كاستثناء من الأصل العام ، يجب أن يكون فصلا حسن النية ، حتى يمكن تطبيق القاعدة القانونية التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سندا لملكية ، فهي قاعدة أساسية في هذا المجال واجبة لحماية الغير ، وهو ما تقضي به معظم التشريعات الحديثة ، ونظمها القانون المدني الجزائرى في المادة 835 التي تقول : (من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول ، أو سندا لحامله فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته . . .) .

ولذلك فان حسن النية بالنسبة الى الغير الى جانب السند الصحيح كاف لحمايته من أثر الفسخ ، بصرف النظر عن فسخ سند المتصرف [2] . وحسن النية مفترض حتى يقوم الدليل العكسي ، لأن الحيازة في حد ذاتها تعتبر قرينة على وجود السند الصحيح وتوافر حسن النية الى أن يثبت العكس ، وهو ما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر بقولها : (والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك) .

---

(1) أنظر: الدكتور جميل الشرقاوى المرجع السابق ص 403 فقرة 88 . الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 422 فقرة 221 . الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص 459 فقرة 335 . الدكتور عبد المنعم البدراوى المرجع السابق ص 413 فقرة 298 . الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد المرجع السابق ص 597 فقرة 364 .

(2) أنظر: الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد المرجع السابق ص 597 فقرة 384 .

واذا كان القانون يحمي الغير من أثر الفسخ على النحو السابق فان هذه القرينة بسيطة كما هو واضح من نص المادة السابقة الذكر ، ومن ثم يجوز اثبات عكسها وبالتالي ينتفي حسن النية ، فتزول تبعا لذلك حماية الغير من أثر الفسخ ، مثال ذلك أن يكون الغير يعلم بما يتهدد العقد الذى يربط سلفه بمن تعاقد معه فيكون في مثل هذه الحالة ليس فقط قد انتفى شرط حسن النية بالنسبة اليه ، بل يكون سيء النية ، والقانون بطبيعة الحال لا يحمي مثل هؤلاء الأشخاص .

الحالة الثانية : الغير الذى تقرر له حق على عقار وشهره وفقا للقانون

ان الفكر القانوني الذى اعترف بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، واعتبر أن من يحوز منقولا بحسن نية يصبح مالكا له من وقت حيازته (1) ، وبالتالي تنبغي حمايته من خطورة آثار فسخ العقد ، لم يصل الى حماية الغير ، عدما يكون الحق متعلقا بعقار ما ، كما هو الشأن بالنسبة الى المنقول ، لم يصل بسهولة ، وانما بقي وقتا طويلا من الزمن يطبق القاعدة الشهيرة التي تقول (ان من لا يملك لا يستطيع أن يملّك) ، وهذا يعني أن فسخ الرابطة التعاقدية وبالتالي زوال العقد وآثاره يشمل المتعاقدين باعتبارهما طرفي العقد ، ويشمل الغير أيضا باعتباره قد تعامل مع شخص لا يعتبر مالكا في نظر القانون . (2)

غير أن التطور التاريخي للأفكار القانونية المتجددة من حين الى آخر، والحاجة الى استقرار المعاملات في المجتمع ، قد جعلا قاعدة (أن من لا يملك لا يستطيع أن يملّك) تخف وطأتها شيئا فشيئا ، وحلّت محلها قاعدة قانونية أخرى تقضي بأن (المظهر الخادع يحمي المخدوع) ، وأن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون .

وقد ترتب على ذلك أن الفكر القانوني قد وصل الى حماية الغير الذى تقرر لصالحه حق على عقار ، من أثر فسخ العقد بأثر رجعي .

---

(1) أنظر : الدكتور جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ص 403 فقرة 83 ، الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 422 فقرة 221 ، الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص 459 فقرة 335 . الدكتور عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ص 413 فقرة 298 .

(2) أنظر: الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص 358 ــ 360 .

ولقد أخذ المشرع الجزائرى ، بما وصل اليه تطور الفكر القانوني في هـذا الميدان ، ونظمه في نصوص قانونية تضمنها قانون اعداد مسح الأراضي ، وتأسيس السجل العقارى الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 1975 الذى قضى في المادتين 15 و 16 منه بأن الشهر يعتبر وسيلة للاحتجاج بكل ما يتعلق بالحق العيني من انشاء ، أو نقل ، أو تعديل ، أو انقضاء ، فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير.

وبناء على هذا التطور القانوني وهذه النصوص القانونية الواردة في قانون اعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقارى ، فان الغير الذى تقرر له حق عيني على عقار ، وبحسن نية (1)، وشهر هذا الحق وفقا لقواعد الشهر ، لا يؤثر فسخ عقد سلفه على حقوقه ، لأن الغير في مثل هذه الحالة يعتبر حسن النية بمجرد قيامه بالشهر .

غير أن هذه القرينة المتمثلة في الشهر والتي بموجبها تجب حماية الغير من أثر الفسخ ، لا تعني بأى حال من الأحوال أنها غير قابلة لاثبات العكس ، وأن من قام بشهر حقه في جميع الحالات ليس سيء النية ، بل هي قرينة قانونية بسيطة قابلة لاثبات العكس ، ومن ثم يمكن اثبات سوء نية الغير الذى قام بشهر حقه ، كما لو قام به ، وهو يعلم أن العقد الذى يربطه بمن قرر له هذا الحق يتهدده سبب من أسباب الزوال كالفسخ مثلا .

وعليه فان الغير الذى يقوم بشهر حقه وهو يعلم أن العقد يتهدده الفسخ ، أو قام بالشهر بعد تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها على هامش العقد ، لاينجو من أثر الفسخ (2) ، وذلك لأن حسن النية يكون قد انتفى في جانبه ، وبالتالي تنتفي الحكمة من حمايته المقررة قانونا له ، اذا كان عليه أن يكون حريصا على مصلحته بأن يرجع الى ما هو مسجل أو مؤشر به في الصحيفة أو البطاقة العقارية .

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 713 فقرة 479.

(2) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 713 فقرة 479.

الحالة الثالثة : الغير الذى ترتب لصالحه رهن رسمي

يحدث في الحياة العملية أن يرتب المشترى على العقار الذى اشتراه [1] رهنا تأمينيا ، لدائن مرتهن حسن النية ، يعتقد أن الملكية خالصة للراهن وغير مهددة بالزوال ، فاذا بالملكية تزول من سلفه ، لأن العقد الذى يربط المتصرف بالبائع قد فسخ أو زال لأى سبب من أسباب الزوال .

ففي مثل هذه الحالة لو أخذنا بالقاعدة العامة التي تقضي في مجال الفسخ بزوال العقد وما رتبه من التزامات بالنسبة الى المتعاقدين والغير معا ، فان الدائن المرتهن ، لن يكون له تأمين على هذا العقار .

ولذلك فان التشريعات الحديثة نظمت حماية خاصة لهذا الدائن المرتهن حتى يكون بمنجاة من أثر فسخ العقد الذى يحدث بين المتصرف والمتصرف اليه ، وفي هذا الصدد نصت المادة 885 من القانون المدني الجزائرى على أنه (يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن ، الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته ، أو فسخه ، أو الغاؤه ، أو زواله لأى سبب آخر ، اذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت ابرام العقد) .

وبناء على هذا النص ، لا يكون لفسخ العقد أثر على الرهن الذى تقرر لصالح الغير ، بل يبقى الرهن قائما ولو زال العقد بأى سبب من أسباب الزوال ، ومنهما الفسخ ، مادام الدائن المرتهن كان حسن النية وقت ابرام عقد الرهن ، وقيده قبل رفع دعوى الفسخ . (2)

---

(1) قرب الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج 1 المرجع السابق ، ص 459 فقرة 354 .

(2) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، ص 713 فقرة 479 . الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج 1 المرجع السابق ، ص 459 فقرة 355 . الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص 349 فقرة 335 . الدكتور توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 295 .

وتجدر ملاحظة أن هذا الحكم الذى يحول دون تأثير الفسخ على الرهن الرسمي ، وبالتالي يكون الدائن المرتهن طبقا له بعيدا عن خطر ما يرتبه زوال الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد ، لا يسرى حين يكون الرهن حيازيا ، ذلك أن المادة 950 من القانون المدني الجزائرى حين قضت بسريان بعض أحكام الرهن الرسمي على الرهن الحيازى العقارى[1] لم تذكر من بين هذه الأحكام حكم المادة 885 السابقة الذكر ، مما يدل على أن حكم المادة 885 خاص بالرهن الرسمي وحده دون الرهن الحيازى العقارى ، وهذا يؤدى بنا الى القول بأن الحكم الوارد في شأن الرهن الرسمي بهذا الصدد حكم استثنائي ، والاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه .

ويترتب على ذلك أن فسخ العقد وما يرتبه من آثار كما سبق بيانه يؤثر في حقوق الغير التي تكون قد ترتبت على الرهن الحيازى العقارى ، خلافا للرهن الرسمي ، مما يجعل العقار الذى كان محلا للرهن الحيازى العقارى يعود الى صاحبه خاليا من تلك الحقوق بعد فسخ العقد .

الحالة الرابعة : الغير الذى كسب حقا بموجب عقد من عقود الادارة الحسنة

ان الحقوق والالتزامات التي يرتبها المالك باعتباره هو الذى له حق الادارة ، أو النائب عنه ، كما هي الحال بالنسبة الى الولي الذى يجيز له القانون ادارة ملكية ابنه القاصر ، أو الاتفاق كما هو الشأن بالنسبة الى الوكيل الذى يجوز له بناء على عقد الوكالة ادارة ملكية الموكل أو جزء منها ، أو القضاء كما لو عين القاضي حارسا قضائيا ، اذ يجوز له بموجب تعيينه ادارة الشيء المتنازع فيه .

في جميع هذه الحالات لا يجوز المساس بالحقوق والالتزامات الناشئة من هذه الادارة في حالة فسخ العقد الذى كان سندا للملكية.[2]

---

(1) راجع حكم المواد 891 ، 893 ، 904 من القانون المدني الجزائرى ، اذ تجد أن المشرع قد أجاز في كل منها سريان حكم الرهن الرسمي على الرهن الحيازى وفقا للاحالة التي قضت بها المادة 950 ، دون أن تجد من ضمنها حكم المادة 885 .

(2) أنظر : الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ج 1 ، المرجع السابق ، ص 317 فقرة 240 ، احالة من ص 458 .

ويترتب على ذلك أن الغير الذى يتلقى هذه الحقوق سواء من المالك للشيء ، أو من النائب عنه ، يكون محصنا ضد الأثر الذى يرتبه الفسخ ، ومن ثم فاذا فسخ العقد بين البائع والمشترى مثلا فان اعادة الملكية الى المتعاقد الذى فسخ العقد لصالحه تعود محملة بهذه الحقوق والالتزامات ، ولا يستطيع المتعاقد الذى فسخ العقد لصالحه أن يحتج في مواجهة الغير بأن العقد قد فسخ .

والسبب الوحيد الذى يحول دون ترتيب أثر الفسخ على أعمال الادارة التي تكون كأصل عام للمالك واستثناء للنائب عنه [1] ، هو أن هذه الأعمال تعتبر من أعمال الادارة الحسنة التي يوجب القانون حمايتها من جميع أسباب زوال السند الذى تستند اليه الملكية .

والحكمة من وراء ذلك أن استقرار المعاملات ، هو من أهم الأهداف التي يرمي الى تحقيقها القانون الحديث بصفة عامة و لكي يتحقق الاستقرار المنشود ، يجب عدم تأثير فسخ العقد الذى تستند اليه الملكية ، على أعمال الادارة الحسنة ، لأن الأخذ بغير ذلك سيؤدى حتما الى زعزعة الثقة بين المتعاملين ، وبالتالي يؤدى الى البحث في كل تعامل بين الأفراد عن صحة السند القانوني الذى تستند اليه الملكية ، ولا شك أن في ذلك عناء ومشقة كبيرة ، وقد يكون الوصول الى معرفة الحقيقة مستحيلا في بعض الحالات .

وانطلاقا من هذه المعطيات القانونية والعملية في نفس الوقت فان الغير الذى يكون قد تلقى حقوقا بناء على الادارة الحسنة لا يتأثر بفسخ العقد [2] . كما لو كان السند القانوني عقد بيع ثم قام من له حق الادارة بتأجير الشيء ، ثم وقع الفسخ بين البائع والمشترى ، فان الغير في هذه الحالة يكون محميا من أثر هذا الفسخ ، لأن تصرف من له حق الادارة يدخل في مفهوم الادارة الحسنة . [3]

---

(1) أنظر : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج 6 ص 53 ومابعدها ، فقرة 43 .

(2) أنظر : الدكتور عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ص 413 فقرة 298 . الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص 335 فقرة 162 .

(3) قارن الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد ، المرجع السابق ص 432 فقرة 260 . اذ يقول بأن ابطال العقد لا يؤثر في عقود الادارة الحسنة وكذلك بالنسبة الى الفسخ .

ونجد ملاحظة أن المقصود من العقود التي لا يلحقها أثر الفسخ وبالتالي لا تمس فيها حقوق الغير ، هي تلك التي تدخل فعلا في مضمون الادارة الحسنة ، ولذلك يجب أن ينتفي فيها الغش ، أو التواطؤ بين أطرافها .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الأخذ بهذا الاستثناء والاحتجاج به على من فسخ العقد لصالحه اذا كان القصد من عقود الادارة ، هو الاضرار بمن فسخ العقد لفائدته ، كما لو أجر الشيء الذي كان محلا للعقد المفسوخ لمدة تزيد عن ثلاث سنوات (1) ، أو كان ثمن الايجار بخسا لا يتناسب مع العين المؤجرة . (2)

ففي جميع الحالات التي يتبين منها أن هناك سوء نية بين من قام بعمل الادارة ، ومن تلقى منه حقا بموجبه ، لا نكون أمام مفهوم الادارة الحسنة ، وبالتالي فان الفسخ في مثل هذه الحالة يؤثر على تلك الحقوق ويسترد المتعاقد الذي فسخ العقد لصالحه الملكية خالية منها ، ولا يستطيع الغير الوقوف في مواجهته ، ولو كانت حقوقه مترتبة على عمل من أعمال الادارة ، وهو ما يستفاد من مضمون المادتين 463 و 896 من القانون المدني الجزائري .

وبناء على ذلك كله فان أثر الفسخ لا يجوز تطبيقه كاستثناء من القاعدة العامة اذا تعلق الأمر بحقوق الغير الناشئة عن عقود الادارة الحسنة . وأساس هذا الاستثناء كما سبقت الاشارة اليه هو حسن النية واستقرار المعاملات في المجتمع .

الحالة الخامسة : الغير الذي تملك بالتقادم

قد يكسب الغير حقا من الحقوق بموجب التقادم المكسب الذي تقضي به المادتان 827 و 828 من القانون المدني الجزائري .

ويترتب على التقادم المكسب أن فسخ العقد الذي قد يقع بين متصرف ومتصرف اليه ، لا يمس كاستثناء من القاعدة العامة حق الغير الذي اكتسب طبقا لقاعدة التقادم المكسب . (3)

---

(1) تقضي المادة 463 من القانون المدني الجزائري ، بأنه لا يجوز لمن لا يملك الا حق الادارة أن يعقد ايجارا تزيد مدته عن ثلاث سنوات الا بترخيص من السلطة المختصة . واذا أبرم لمدة أطول من ذلك ترد المدة الى ثلاث سنوات مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك .

(2) انظر : الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 432 فقرة 260 ، احالة من ص 597 .

(3) أنظر : الدكتور أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 344 فقرة 421 .

فلو فرضنا أن العقد عقد بيع بين البائع والمشترى ، وكان الغير قد صار مالكا للشيء المبيع عن طريق التقادم المكسب ، فان فسخ عقد البيع الذى يحدث بين البائع والمشترى باعتبارهما طرفي العقد لا يؤثر على الغير الذى اكتسب حقه طبقا لقاعدة التقادم المكسب لأنه محمي من الناحية القانونية بهذه القاعدة التي تحول دون سريان أثر الفسخ .

واذا كانت قاعدة التقادم المكسب تحول دون سريان أثر الفسخ ، فان هذا لا يعني أن الدائن الذى حكم بالفسخ لصالحه ، قد ضاع حقه ، لأن القانون في مثل هذه الحالة ، قد أجاز للقاضي أن يحكم له بالتعويض وفقا للمادة 122 التي تقضي بأنه في حالة استحالة رد المتعاقدين الى الوضع الذى كانا عليه ، يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويض ، ذلك أن المقصود من الاستحالة وفقا لنص المادة 122، الاستحالة المادية والقانونية معا ، كما سبق القول .

هذه هي الحالات التي تبقى بعيدة عن الأثر الذى يرتبه الفسخ ، والعلة فيها هي أن استقرار المعاملات ومبدأ حسن النية لهما أهمية كبرى لا يمكن التضحية بهما في سبيل مصلحة الدائن الذى فسخ العقد لصالحه .

غير أن هذه الاستثناءات السابقة البيان مهما تعددت ومهما تنوعت فانها لا تطغى على الأصل العام الذى وجدت من أجله نظرية فسخ العقد في القانون الحديث ، وهو زوال العقد بعد فسخه بأثر رجعي ، وتبعا لذلك زوال الحقوق والالتزامات التي نشأت عنه ، سواء بالنسبة الى المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير ، وذلك حتى يبقى لهذه النظرية قوتها القانونية يلجأ اليها الدائن لحماية حقوقه من جهة وللتحلل من التزاماته من جهة أخرى في مواجهة المدين الذى لم يقم بتنفيذ التزاماته التعاقدية الناشئة من العقد المفسوخ .

وهكذا نجد أن للفسخ أثرا رجعيا كقاعدة عامة يشمل المتعاقدين والغير معا ، ولكن يستثنى من هذه القاعدة العامة بعض الحالات ، تبقى فيها حقوق الغير قائمة رغم انحلال الرابطة التعاقدية بين المتعاقدين .

* * *

الخاتمة

يستخلص من خلال دراسة نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، في هذا البحث بعض النتائج التي يمكن حصر أهمها فيما يلي :

أولا : أن القانون الروماني منذ عهوده الأولى الى آخر تطوره لم يعرف نظرية عامة لفسخ العقد ، رغم أنه قد تضمن بعض الحلول التي تعتبر تطبيقا من تطبيقات نظرية الفسخ العامة في القانون الحديث ، وقد تمثلت هذه الحلول الجزئية في جواز فسخ عقد البيع لصالح البائع عندما يتضمن العقد بندا صريحا يقضي بذلك ، وجواز حل الرابطة التعاقدية في عقد الايجار ، والعقود غير المسماة بدعاوى مختلفة .

الا أن الوضع في القانون الكنسي قد تغير ، اذ أصبح للفسخ نظرية عامة تطبق على جميع العقود الملزمة للجانبين ، كلما أخل أحد الطرفين بما تعهد به نحو المتعاقد الآخر .

وقد تبين لنا أن فقهاء الكنيسة كان لهم الفضل في ارساء قواعد نظرية الفسخ العامة ، الا أن الفسخ الكنسي كان يقع بقوة القانون ولم تكن هناك نصوص مكتوبة على النحو الذى تعرفه القوانين الحديثة ، تنظم الفسخ .

أما القانون الفرنسي فقد كان في بداية الأمر متأثرا بما كان يجرى عليه العمل في القانون الروماني بحيث لا يجوز الفسخ الا اذا تضمن العقد بندا صريحا يقضي بذلك ، وقد شاع هذا الشرط الى أن أصبح مفترضا في جميع العقود ولو لم ينص عليه صراحة .

ويعود الفضل الى القانون الفرنسي في النص على الفسخ في نصوص خاصة ، غير أن القانون الفرنسي ، رغم أنه أول من قنن الفسخ ، وعنه أخذت القوانين العربية ، لم يضع نظرية عامة كما هي الحال بالنسبة الى القانون المدني الجزائرى، ويعود اليه الفضل أيضا في جعل ايقاع الفسخ أمام القضاء مسألة ضرورية .

أما الفسخ في الشريعة الاسلامية ، فقد تبين لنا من خلال هذا البحث أنها ، وان كانت تجيز فسخ العقد لقيام الخيارات على نطاق واسع وتجيز الفسخ أيضا في بعض الحالات رغم عدم وجود الخيارات ، الا أنها لم تضع قاعدة عامة للفسخ ، ثم ان حل الرابطة العقدية في الشريعة الاسلامية لم يكن ، كما هي الحال بالنسبة الى القانون الوضعي يقوم بسبب عدم التنفيذ ، بل كانت هذه الشريعة تجيز الفسخ لغير ذلك .

ثانيا : لقد تبين لنا أن الأساس القانوني الذى تقوم عليه نظرية الفسخ لا يزال الفقه مختلفا في شأنه ، اذ أسسه الفقه القديم وخاصة لدى الرومانيين ، على الشرط الفاسخ الصريح ، وقد أكدنا في هذا البحث أن هذا الأساس لا يتفق مع مفهوم النظرية الحديثة للفسخ التي تجيز فسخ العقد ولو لم يكن هناك شرط صريح يقضي به .

وقد أسس فريق من الفقهاء الفسخ على فكرة الشرط الفاسخ الضمني ، وهي فكرة معيبة أيضا ، اذ أنها تجعل الفسخ يقع دون تدخل القاضي ، ومن ثم تحرم الدائن من العدول عن طلب الفسخ الى التنفيذ ، ثم أنها تمثل بحق المغالاة في مبدأ سلطان الارادة الذى لم تعد له هذه المكانة في القوانين الحديثة .

ولذلك فقد أسس جمهور الفقهاء الفسخ على فكرة السبب باعتباره سببا فنيا في ابرام العقود ، وتنفيذها ، وقد رأينا أن فكرة السبب هي بدورها لا تصلح لتأسيس نظرية فسخ العقد ، لأنها عاجزة عن تفسير سلطة القاضي التقديرية ، ولأنها تضيق في بعض الحالات من تطبيق نظرية الفسخ ، ولأن السبب يعتبر في القانون الحديث ركنا في العقد ، وتخلف الركن يرتب البطلان لا الفسخ ، ثم ان السبب وفقا للمادة 97 من القانون المدني الجزائرى قد جاء بمعنى الباعث الدافع الى التعاقد وهو أمر يتغير من متعاقد الى آخر ، وبالتالي لا يصلح أساسا للفسخ .

وقد ذهب فقهاء آخرون الى تأسيس الفسخ على فكرة العدالة ، وقد رأينا أنها لا تصلح أيضا أساسا ، لأنها فكرة مرنة ، ومن ثم فهي ليست أساسا فنيا ، وفضلا عن ذلك فهي فكرة أخلاقية بالدرجة الأولى ، ليست قاصرة على عقد دون آخر ولا على عاقد دون عاقد آخر .

وقد انتهينا الى اعتناق الفكرة التي تبني أساس الفسخ على فكرة ارتباط الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين لأنها هي الوحيدة التي تصلح لفسخ العقد بأية طريقة كان الفسخ ، ثم أنها أكثر دقة من غيرها .

ثالثا : لقد رأينا من خلال دراسة الفسخ وما يتصل به من أنظمة قانونية ، أنه رغم تداخل نظرية الفسخ في بعض المسائل القانونية مع غيرها من الأنظمة القانونية الأخرى ، فان ذلك لم يؤثر على وجودها واستقلالها كنظرية قائمة بذاتها تختلف عن غيرها من الأنظمة من عدة زوايا بحسب اختلاف الأنظمة نفسها .

رابعا : وقد تبين لنا من خلال دراسة أنواع الفسخ الواردة في المواد الأساسية المنظمة لنظرية الفسخ العامة في القانون المدني الجزائري ، أن المشرع الجزائري ، قد أخذ بما وصل اليه الفكر القانوني الحديث ، اذ جعل القاعدة العامة هي أن يكون الفسخ قضائيا عندما يكون عدم التنفيذ راجعا الى المتعاقد المدين ، واستثناء يكون فسخا اتفاقيا ، أما اذا كان عدم التنفيذ راجعا الى السبب الأجنبي فيكون الفسخ بحكم القانون ، أي انفساخا للعقد كما جرت بذلك تسميته في الفقه .

ولقد أكدنا بصدد أنواع الفسخ أن فسخ العقد وفقا للمادة 392 ، لا يندرج تحت أي نوع من أنواع الفسخ التي جاءت بها المواد التي تبنى عليها نظرية فسخ العقد العامة ، بل ان المشرع قد خرج عن القواعد العامة في مجال فسخ عقد بيع العروض التجارية والمنقولات ، ولذلك قلنا ان فسخ العقد طبقا للمادة 392 هو نوع رابع من أنواع الفسخ يمكن تسميته فسخ العقد بارادة البائع بناء على نص قانوني .

خامسا : ولقد تأكد لنا من خلال دراسة أنواع الفسخ أن سلطة القاضي التقديرية تتسع الى أبعد الحدود في مجال الفسخ القضائي ، وتضيق في مجال الفسخ الاتفاقي وتكاد تنعدم في مجال الانفساخ والفسخ بارادة البائع المنفردة ، وفقا للمادة 392 ، وذلك لاختلاف قواعد كل نوع من هذه الأنواع عن الآخر.

أما بالنسبة الى الدائن فقد رأينا أنه يستطيع أن يعدل عن طلب الفسخ القضائي مادام الحكم لم يصر نهائيا ، بينما لا يجوز له العدول في الفسخ الاتفاقي اذا صدر عنه اعلان بالتمسك بالفسخ ، ومن ثم كانت سلطته في ايقاع الفسخ أو عدمه تتسع في الفسخ الاتفاقي وتضيق في الفسخ القضائي ، بينما تتسع سلطته في العدول في الفسخ القضائي وتضيق في الفسخ الاتفاقي .

أما بالنسبة الى الانفساخ فلا يستطيع أن يوقعه ولا أن يعدل عنه ، لأن انحلال الرابطة التعاقدية في هذه الحالة يقع بحكم القانون .

وقد تبين لنا أن المدين في مجال الفسخ القضائي ، يستطيع أن يتفادى الفسخ مادام الأمر لا يزال أمام القضاء ، وكذلك الأمر في الفسخ الاتفاقي مادام الدائن لم يعلن بعد عن رغبته في الفسخ ، ولا يستطيع أن يتفادى الفسخ في حالة الانفساخ لأنه يقع رغما عنه .

سادسا : ولقد استعرضنا في الفصل الأخير من هذا البحث آثار الفسخ القانونية المترتبة على حل الرابطة التعاقدية ، واتضح لنا أن فسخ العقد يعني زواله بأثر رجعي كقاعدة عامة واعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه من قبل .

غير أن قاعدة الأثر الرجعي قد تصطدم بعقبات تحول دون تطبيقها ، مما يجوز معه الحكم بالتعويض لصالح المتعاقد الذي لم يستطع استرداد ما قدّمه للطرف الآخر .

ولقد أكدنا في مجال الأثر الرجعي للفسخ ، أن قصره على العقود الفورية دون عقود المدة ، ليس صحيحا ، بل أن النصوص القانونية تفيد أنه يشمل جميع العقود الملزمة للجانبين دون تمييز بينها ، وبالتالي فان استحالة الرد الواردة في المادة 122 وما يترتب عليها من تطبيق حكم التعويض يجوز تطبيقها في نظرنا في عقد المدة .

هذه هي أهم النتائج التي توصلنا اليها من هذا البحث والتي رأينا من الضروري ذكرها في هذه الخاتمة .

أما الاقتراحات التي ينبغي ذكرها في هذا المجال فيمكن حصرها فيمايلي :

أولا : بالنسبة الى وضع النظرية تحت عنوان انحلال العقد ، هذا العنوان لا يتفق مع مفهوم نظرية الفسخ الدقيق لأن هناك أنظمة أخرى تؤدى الى انحلال العقد ومع ذلك لا تعتبر فسخا كما أوضحنا سابقا ، ومن ثم أقترح أن يكون العنوان فسخ العقد بدلا من الانحلال .

ثانيا : ان الترتيب الوارد في النصوص المتعلقة بالفسخ والدفع بعدم التنفيذ ليس ترتيبا منطقيا ، لأن هذا الأخير ، كما بينا سابقا ، لا يؤدى في جميع الحالات الى الفسخ ، واذا أدى في مرحلة ثانية الى انتقال الدائن من الدفع بعدم التنفيذ الى المطالبة بالفسخ ، فالمنطق القانوني يقضي بأن يكون نص المادة 123 سابقا على نصوص الفسخ .

ولذلك أقترح أن يوضع النص الذى ينظم الدفع بعدم التنفيذ قبل النصوص المتعلقة بالفسخ .

ثالثا : ان المادة 120 من القانون المدني الجزائرى المتعلقة بالفسخ الاتفاقي قد جاءت غامضة في صياغتها القانونية ، ومجحفة بحق المتعاقد الدائن .

ولذلك أقترح حذف عبارة " الذى يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين " وأن يضاف الى بقية النص عبارة " ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه " لأن في ذلك تقوية لنظرية فسخ العقد فسخا اتفاقيا ، ولا معنى لحرمان المتعاقدين من الاتفاق على الاعفاء من الاعذار .

تمّ بعون الله

* * *

* *

*

قائمة المراجع

أولا ـ باللغة العربية :

أ ـ المؤلفات والرسائل :

1 ـ أبو بكر الجزائرى : منهاج المسلم ، الطبعة الثانية 1976 .

2 ـ أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، طبعة 1977 .

3 ـ أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، الكتاب الأول الطبعة الثانية 1954 .

4 ـ أحمد شوقي عبد الرحمن : مضمون الالتزام العقدى ، طبعة 1976 .

5 ـ أسعد دياب : ضمان عيوب المبيع الخفية ، الطبعة الأولى 1981 .

6 ـ اسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام ج 1 ، مصادر الالتزام طبعة 1968 .

7 ـ الامام الغزالي : احياء علوم الدين ، الجزء الثاني .

8 ـ المجلس الأعلى للشئون الاسلامية : موسوعة الفقه الاسلامي طبعة 1394 هـ .

9 ـ أنور سلطان : المبادىء القانونية العامة (دراسة خاصة لطلبة كلية التجارة) ، الطبعة الثالثة 1981 .

10 ـ باتيفول : فلسفة القانون ، ترجمة سموحي فوق العادة ، الطبعة الأولى 1972 .

11 ـ توفيق حسن فرج : ـ النظرية العامة للالتزام ، نظرية العقد ، المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر .

ـ نظرية الاستغلال في القانون المدني المصرى ، رسالة دكتوراه 1957 .

12 ـ جميل الشرقاوى : النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول مصادر الالتزام ، طبعة 1981 .

13 ـ حبيب ابراهيم الخليلي : مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي ، طبعة 1979 .

14 ـ حسن الذنون : محاضرات في القانون المدني العراقي ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العالية ، طبعة 1956 .

15 ـ حسن علام : موجز القانون القضائي الجزائري طبعة 1972 .

16 ـ رضا فرج : تاريخ النظم القانونية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر سنة 1976 .

17 ـ سليمان مرقس : أصول الالتزامات ، الجزء الأول في مصادر الالتزام ، القاهرة سنة 1960 .

18 ـ سمير عبد السيد تناغو : ـ نظرية الالتزام طبعة 1975 .

ـ المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام ، طبعة 1974 .

19 ـ شفيق أيوب : خيار الشرط في الفقه الاسلامي ، طبعة 1960 .

20 ـ شفيق الجراح : دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها ، دمشق سنة 1977 ـ 1978 .

21 ـ شفيق شحاته : نظرية الالتزام في القانون الروماني ، طبعة 1963 .

22 ـ صبحي محمصاني : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، دراسة مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة ، الجزء الأول الطبعة الثانية 1972 .

23 ـ صوفي حسن أبوطالب : ـ الوجيز في القانون الروماني الجزء الأول ، طبعة 1965 .

ـ دراسة اسلامية بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني الجزء الأول مكتبة نهضة مصر بالفجالة .

24 ـ عبد الجبار ناجي الملا صالح : مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، قدمت لجامعة بغداد ، الطبعة الأولى 1975 .

25 ـ عبد الحي حجازي : ـ عقد المدة أو العقد المستمر والدوري ، التنفيذ ، رسالة دكتوراه مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة 1950 .

ـ النظرية العامة للالتزام الجزء الثاني طبعة 1954

26 ـ عبد الرحمن عياد : أساس الالتزام العقدي ، النظرية والتطبيقات ، طبعة 1972 .

27 ـ عبد الرزاق أحمد السنهوري : ـ الوسيط الجزء الأول طبعة 1952 .

ـ الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، منشورات محمد الداية بيروت .

ـ الوسيط الجزء السادس طبعة 1952 .

ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي الجزء الرابع طبعة 1967 .

ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي الجزء السادس الطبعة الثانية 1968 .

ـ الوسيط الجزء الثالث طبعة 1952 .

28 ـ عبد السلام الترمانيني : محاضرات في القانون الروماني ، ألقيت على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق بحلب السنة الدراسية 1964/1965 .

29 ـ عبد الفتاح عبد الباقي : دروس في مصادر الالتزام ، نظرية العقد مطبعة نهضة مصر بالفجالة .

30 ـ عبد العزيز فهمي باشا : تعريب مدونة جيستنيان طبعة 1947 .

31 ـ عبد المنعم البدراوي : النظرية العامة للالتزام الجزء الأول ، مصادر الالتزام الارادية دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والقانون المصري طبعة 1963 .

32 ـ عبد المنعم فرج الصده : ـ نظرية العقد في قوانين البلاد العربية طبعة 1974 .

ـ مصادر الالتزام دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والمصري طبعة 1979 .

ـ مبادئ القانون طبعة 1977 .

33 ـ عيسوي أحمد عيسوي : الفقه الاسلامي ـ المدخل ونظرية العقد ، الطبعة الثالثة 1961 .

34 ـ محمد أحمد الفكك : الفسخ بالارادة المنفردة في عقد العمل ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى 1966 .

35 ـ محمد الشريف أحمد : فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين ، دراسة مقارنة ، طبعة 1980 .

36 ـ محمد علي عرفه : التقنين المدني المصرى ، شرح مقارن على النصوص ، الطبعة الثانية 1955 .

37 ـ محمد لبيب شنب : موجز في مصادر الالتزام ، المصادر الارادية ، العقد ، طبعة سنة 1970 .

38 ـ محمود جمال الدين زكي : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصرى ، الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة القاهرة سنة 1973 .

39 ـ محمود سلام زناتي : نظم القانون الروماني طبعة 1966 .

40 ـ مصطفى أحمد الزرقا : شرح القانون المدني السورى ، العقود المسماة عقد البيع والمقايضة ، الطبعة السادسة 1965 .

41 ـ مصطفى محمد الجمال بالاشتراك مع جلال العدوى : أصول الالتزامات ، دار الفكر العربي بالقاهرة مطابع سلوم بالاسكندرية .

42 ـ معروف الدواليبي : الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها طبعة 1961 .

43 ـ ممدوح مصطفى : أصول تاريخ القانون تكوين الشرائع وتاريخ القانون المصرى ، طبعة 1963 .

44 ـ وحيد رضا سوار : ـ القانون المدني الجزائرى الجزء الأول طبعة 1975 .

ـ التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، رسالة دكتوراه الطبعة الثانية 1979 .

* * *

ب ـ المقالات ، والمطبوعات ، والمجلات ، والدروس

المقالات :

1 ـ بشرى جلدى : وضع نظرية السبب في القانون المدني الاشتراكي ، مقال منشور في مجلة قضايا الحكومة المصرية السنة 16 العدد الثاني .

2 ـ عبد الحي حجازى : مدى خيار الدائن بين طلب التنفيذ والفسخ ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية : العدد الأول السنة الأولى 1959 ، العدد الثاني السنة الأولى 1959 ، العدد الأول السنة الثانية 1960 ، العدد الثاني السنة الثانية 1960 .

3 ـ عبد الناصر توفيق العطار : ماهية العيب وشروط ضمانه في عقد البيع ، مقال منشور في مجلة قضايا الحكومة المصرية السنة 16 العدد الثاني .

4 ـ محمد لبيب شنب : الجحود المبتسر ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الثاني من السنة الثانية 1959 والعدد الأول من السنة الثالثة 1961.

المطبوعات :

1 ـ علي علي سليمان : ـ العقود الخاصة ، مطبوعة لطلبة السنة الثالثة بمعهد الحقوق بن عكنون للسنة الدراسية 1975/1976.

ـ الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية ، محاضرة ألقيت في وهران بمناسبة الأسبوع الثقافي ، جويلية 1976 ،

ـ نظرة عامة على القانون المدني الجزائري ، محاضرة ألقيت بجامعة وهران في 15 ماي 1976.

2 ـ محمد حسنين : ـ الوجيز في نظرية العقد ونظرية الالتزام بوجه عام في القانون المدني الجزائري ، مطبوعة خاصة بطلبة الماجستير ، فرع العقود والمسئولية السنة الدراسية 1980/1981.

ـ شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، مطبوعة جامعية للسنة الدراسية 1980/1981.

المجلات :

1 ـ مجلة المحاماة المصرية العدد الثالث والرابع السنة 29 ، 1948/1949.

2 ـ نشرة القضاة ، مجلة تصدرها وزارة العدل مديرية التشريع العدد الأول للسنة 1978 ، والعدد الثاني لسنة 1981.

الدروس :

ابراهيم أبو النجا : النظرية العامة للفسخ ، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير فرع العقود والمسئولية بمعهد الحقوق بن عكنون السنة الدراسية 1978/1979 ، 1982/1983. هذه المحاضرات غير مطبوعة .

جـ ـ التشريعات :

1 ـ القانون المدني الجزائرى الصادر بالأمر رقم 75 ـ 58 بتاريخ 26 سبتمبر 1975 .

2 ـ قانون اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الصادر في 12 نوفمبر 1975 .

3 ـ قانون الاجراءات المدنية الجزائرى الصادر بالأمر رقم 66 ـ 154 بتاريخ 1966/6/8 .

4 ـ القانون المدني المصرى الصادر بالقانون رقم 131 لسنة 1948 .

* * *

ثانيا ـ باللغة الفرنسية :

أ ـ المؤلفات والرسائل :

1. Colin et Capitant : Traité de droit civil, tome 2, Les obligations refondu par Julliot de la Morandière, Paris 1959.
2. Marty et Raynaud: Droit civil, tome 2, volume 1 (les obligations) Paris 1962.
3. Mazeaud (Henri, Jean, et Léon), Leçons de droit civil, tome 2, 4ème édition, Paris 1969.
4. Le Peltier: La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations , thèse Caen 1934.
5. Planiol : Traité élémentaire de droit civil, tome 2, 4ème édition, 1907.
6. Planiol, Ripert, et Esmein : Traité pratique de droit civile français, tome 6, les obligations, 2ème édition, Paris 1952.

ب ـ المقالات :

1. Jambu Merlin : Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques, revue trimestrielle de froit civil, 47ème année, Juillet septembre 1948.

جـ ـ التشريعات :

Code civil français, Dalloz, Paris 1964.

الفهرس

رقم الصفحة

رقم الصفحة

رقم الصفحة

رقم الصفحة

* * *
* *
*